أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩ هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثاني



فِي الخِلَافِ بَيْنَ الإِمَامَيْنِ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَة

الطبعة الأولى
١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16





* الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
* فرع حولي: حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
* فرع المصاحف: حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
* فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
* فرع الجهراء: الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
* فرع الرياض: المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩
E-mail: z.zahby74@yahoo.com



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

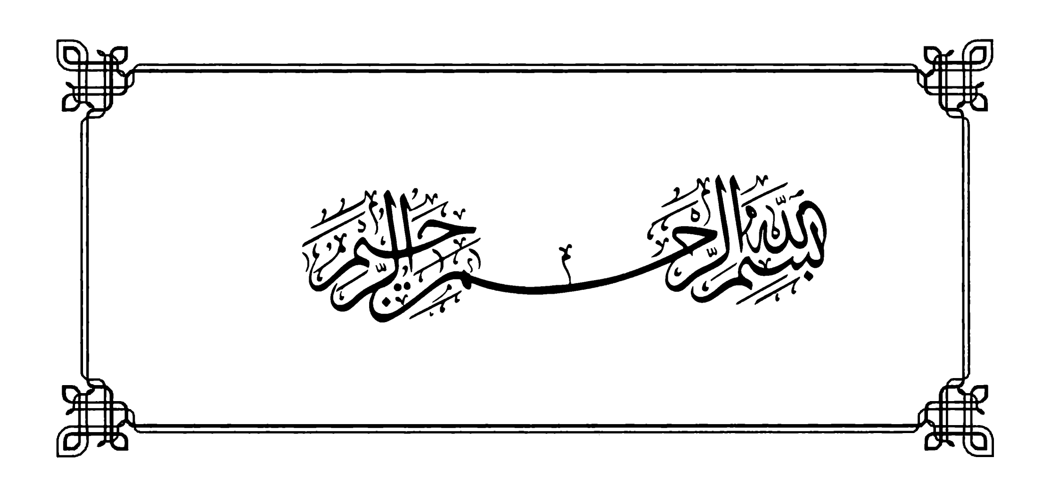
مختصر

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩ هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثاني


بسم الله الرحمن الرحيم



[٧٩/ب] بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع(١)

※ (مَسْأَلَة):

بيع الغائب باطل؛ في أحد قولي الشافعي رضي الله عنه(٢).

وعندهم: جائز(٣)، وهو القول الآخر(٤).

وفي المسألة تفاصيل وفروع مذهبية تذكر في شرح المذهب.

والمبيع الغائب: هو الذي لم يره المشتري أصلاً(٥).

لنا:

أن المبيع مجهول عند العاقد؛ فلا يجوز عقده عليه، كما لو قال: بعتك

---

(١) البيوع جمع بيع: مصدر باع يبيع، وهو في اللغة أخذ شيء وإعطاء شيء. ينظر: القاموس مادة باعه ٨/٣، وشرعًا: مبادلة المال بالمال تمليكًا وتملكًا. ينظر: المغني ٥/٦.

(٢) النكت: ورقة ٢٦/أ، المهذب: ٣٥٠/١، المجموع: ٢٩٠/٩ قال النووي في المجموع وهو أصح القولين. وبه قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي، وإسحاق والإمام أحمد في أظهر الروايتين عنه. ينظر: المغني: ٣١/٦، الإفصاح: ٣١٩/١.

(٣) البيع جائز، وللمشتري الخيار إذا رأى.. ينظر: الأسرار ٨٦/٢/أ مراد ملا. اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٤٨٨/٢، فتح القدير: ٣٣٥/٦، رؤوس المسائل ص٢٧٣ مختصر القدوري: ٢٥١/١ (مع الجوهرة)، البدائع: ٣٠٥٣/٦ المبسوط: ٦٨/١٣، ٦٩، مختصر الطحاوي: ص٤٨، مختلف الرواية: ورقة ١٥٨/ب، وهو أحد الروايتين عن الإمام أحمد. المغني: ٣١/٦.

(٤) النكت: ورقة ١٢٦/أ.

(٥) صورة ذلك: أن يبيع له النوى في التمر. ينظر: المغني ٣٢/٦.

شيئًا ولم يسمّه، أو قال: بعتك عبدًا وله عبيد كثيرة.

وإنما قلنا: «إنه مجهول»؛ لأن سبب علمه لم يوجد، لأن طريق العلم بالأعيان هو رؤيتها؛ وقد فقدت الرؤية للمبيع في مسألتنا؛ فدل أن العلم به مفقود.

فإن قالوا: إن لم توجد الرؤية فقد وجد سبب آخر للعلم بالمبيع؛ وهو الخبر عن وجوده.

قلنا: الخبر عن وجوده لا يفيد علمًا بوجوده، وإنما يفيد ظنًا فحسب، فإن مع الخبر بوجوده يجوز أن يكون غير موجودٍ، ولا يتصور وجود العلم مع هذا التجوز، فدل أنه لا مطمع لوجود العلم بالخبر في مسألتنا.

فإن زعموا: أن الخبر في الجملة يفيد العلم وهو خبر التواتر.

قلنا: ذاك خبر بوصفٍ، والكلام في نفس الخبر وهو غير مفيد للعلم بحال.

فإن قالوا: إن الظن الحاصل بالخبر يكفي لبناء جواز البيع عليه.

قلنا: وَلِمَ والنزول من العلم إلى الظن والاقتناع به لا يجوز إلا لحاجة ولا حاجة في مسألتنا، فإن التوصل إلى وجود العلم حقيقة ممكن وهو أن يطلب الرؤية ولا حرج في طلبها فلا معنى للاكتفاء بالظن.

فإن قالوا: وَلِمَ قلتم أن أصل العلم بالمبيع شرط للجواز؟

قلنا: لأن المبيع إنّما يراد لمقصودٍ؛ وهو تحصيل ما فيه غبطة، فإن

الشراء على خلاف هذا سفه، والسفه حرام منهيّ عنه ولا يتم هذا المقصود إلّا فيما يحيط علم المشتري به، فأما مالا يحيط علمه به فلا يوجد.

ولأن الجهل بالوصف عندهم قادح في المبيع بدليل أنه يسلب اللزوم منه، والجهل بالعين فوق الجهل بالوصف، فلا بد له من عملٍ وقدحٍ، ولا يجوز أن يكون عمله في سلب اللزوم، لأنه قد حصل بالجهل بالوصف فلم يبق له عمل سوى سلب الصحة.

ويدل عليه: أنه لو باع من إنسان شاةً من قطيع يختار أيّها شاء فإنه لا يجوز، وكذلك في العبد من العبيد الأربعة فما زاد، ولا سبب سوى الجهل بالمبيع، وقد ذكر كثير من أصحابنا في هذه المسألة: أن فقد الرؤية لا يوجب إلّا الجهل بالوصف غير أنه كافٍ لإفساد العقد لأنه يضاهي الجهل بالعين.

وبيان أنه يضاهي الجهل بالعين: أن المقاصد تختلف باختلاف الأوصاف كما تختلف باختلاف الأعيان، ولأن المالية هي الركن في البياعات والأوصاف هي المنظور إليها في المالية؛ فإنها تكثر بكثرة الأوصاف وتقل بقلة الأوصاف، فدل أن الجهل بها يضاهي الجهل بالعين.

واستدل أيضًا كثير من أصحابنا في هذه المسألة: بفصل الخيار وقالوا: قد ثبت خيار في هذا البيع لا يسقط بالإسقاط وهذا علامة فساد البيع بدليل سائر البياعات الفاسدة.

يبينه: أن إلزام العقد تقرير المشروع وتقرير المشروع مشروع وحين لم يلزم البيع في مسألتنا بالإلزام قبل الرؤية، دلّ أن امتناع اللزوم قد كان لفساد

العقد، وحرروا وقالوا: جهل يمنع لزوم العقد مع الرضا باللزوم فيمنع جوازه.

وعندي أنّ كلا الطريقين معترض، والاعتماد على الأول وسيظهر من بعد.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا أولًا: بما رووا عن النبي - ﷺ - قال: (مَنْ اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه)[1].

وهذا نص، لأن الخيار لا يثبت إلّا في شراء جائز.

قالوا: ولا يجوز أن يحمل هذا على التخيير بين الشراء وتركه إذا رآه؛ لأن النبي - ﷺ - أثبت خيارًا له لعدم رؤيته المبيع وذلك الخيار لا يثبت لعدم رؤيته المبيع وإنما ثبت للولاية الأصلية الثابتة له بحريته ومالكيته؛ كما له الخيرة في كل الأشياء قولًا وفعلًا.

وأبطلوا أيضًا تأويل من أوّل من أصحابنا وحملهم على ما إذا كان رآه من قبل ثم اشتراه ورآه مُتغيرًا عما كان من قبل.

وقالوا: هذا الخيار ليس خيارِ عدمِ الرؤية، إنما هو خيارُ تغييرِ المبيع عما علمه واستحقه على ظاهر المبيع وهو يشبه خيار العيب.

وتعلقوا أيضًا بإجماع [٨٠/أ] الصحابة[2]، ورووا مثل مذهبهم عن

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٥/ ٢٦٧، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة والدارقطني في سننه: ٣/ ٥.

(٢) ينظر: شرح معاني الآثار للطحاوي: ٤/ ٩، الأسرار: ٢/ ٨٦/ب مراد ملا.

عثمان[(١)]، وطلحة بن عبيد الله[(٢)]، وعبد الرحمن ابن عوف وأبي هريرة[(٣)]، وابن عمر[(٤)]، في حوادث مختلفة.

وأما المعنى قالوا:

باع عينًا مملوكة مقدورًا على تسليمها؛ فصح كما لو باع المرئى وهذا لأن البيع تصرّفُ فصحته بأهلية الفاعل له، ووجود محلية الفعل، واتصال شرطه به، وقد اجتمعت هذه المعاني في مسألتنا: أما أهلية الفاعل فهو مما لا إشكال فيه، وكذلك محلية الفعل؛ لأن محل البيع عين مملوكة فإن البيع لما كان مشروعًا لنقل الملك فلا يستدعي من المحل إلّا عينًا مملوكة للعاقد لنقل الملك في المحل إلى غيره، وأما الشرط فهو القدرة على التسليم، وقد وجد في مسألتنا، هذا لأن المسألة مصورة فيما إذا كان قادرًا على تسليم المبيع، وإذا كان عاجزًا فلا تكون هذه المسألة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المانع للصحة هو الجهل بالمبيع، لأن المبيع معلوم الوجود بدليله، كما إذا كانت الدابة واقفة مُجللّة أو الجارية واقفة مُتنقبة فقد صار المبيع معلوم الوجود برؤيته مستورًا فإنه لا شك أنه رآه مستترًا وتميّز عن غيره بالإشارة إليه فحصل العلم به من هذا الوجه.

يبينه: أنه ليس العلم المطلوب سوى الوجود وقد علم الوجود قطعًا،

---

(١) ينظر: شرح معاني الآثار: ٤/١٠، سنن البيهقي ٥/٢٦٨.

(٢) ينظر: شرح معاني الآثار: ٤/١٠، سنن البيهقي ٥/٢٦٨.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٥/٢٦٨.

(٤) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠.



وأما إذا كان غائبًا عن مجلس العقد صار معلوم الوجود بالخبر وهذا العلم وإن لم يمكن تحقيقه من حيث القطع واليقين، ولكن هو كافٍ لبناء جواز العقد عليه؛ بدليل ما لو قال: «هو ملكي فاشتره مني» يقبل قوله، ويبتنى عليه جواز العقد فكذلك إذا قال: أنا وكيل فلان أو مضاربه أو شريكه.

وحرفهم الملخص: أن حجة وجود المبيع قد وجد في الشرع فصح العقد بناء عليه.

وأما قولهم: «إنه غير موجود».

ساقط، بدليل ما بينا من المسائل، وبدليل أنه لو رأى شيئًا ثم اشتراه بعد شهر وهو غائب عن مجلس العقد يجوز، والتوهّم الذي قلتم موجود في هذه الصورة، لأنه يجوز أن يكون هلك في هذه المدة، وهذا حرف مشكل على الذي اعتمدناه، وبهذا يبطل ما ادعاه أصحابنا من الغرر: لأنه ليس معنى الغرر سوى أن وجود المبيع على حظر، وهذا المعنى موجود في هذه المسألة ومع ذلك صح العقد، وهذا لأن الوجود إذا وجد بحجته في المعاملات الشرعية سقط اعتبار التّجوزات والتّوهمات.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الوصف مجهول إن لم تكن العين مجهولة وبجهالة الوصف يبطل العقد، لأن جهالة الوصف لا تكون مبطلًا للعقد، لأنه غير معقود عليه؛ بدليل أنه بفواته لا يسقط شيء من الثمن، ولأنه بيع عين فالمعقود عليه العين، بخلاف السلم فإنه بيع بوصفٍ؛ فيكون الوصف معقودًا عليه.

يبينه: أن الأوصاف أتباع وجهالة التبع لا توجب بطلان العقد في المتبوع.



ألا ترى أن بيع الحَمْل لا يجوز: وهو بيع غرر، فلو باع الجارية وهي حامل يجوز، والغرر في التبع لا يوجب بطلان العقد في المتبوع.

يدل عليه: أن الجهل بالوصف لا يكون فوق فقد الوصف ثم فقد الوصف لا يوجب بطلان العقد فالجهل بالوصف أولى.

قالوا: وقولكم: «إن الجهل بالوصف يضاهي الجهل بالعين» دعوى.

وقولكم: «إن المالية تختلف باختلاف الصفات» بلى، ولكن جهالة قدر المالية غير مانعةٍ من جواز العقد بدليل أنه لو باع صُبْرة لا يعلم قدرها فإنه يجوز، وإن جهلت قدر المالية فيها.

قالوا: ومَنْ رجع من أصحابكم إلى فصل العرف والعادة، وزعم أن طريق العلم بالمبيع هو الرؤية، لأنها هي المطلوبة في العادة.

فالكلام عليه بهذا الطريق وهو أن الرؤية تطلب في العادة لا ليعلم المبيع ولكن ليعلم صفات المبيع، فإن الوقوف على الصفات مطلوب فطلبت الرؤية لهذا المعنى، لا لأجل حصول العلم بالمبيع، فإن العلم بالمبيع قد حصل بطريق لا يمكن دفعه؛ إما تعييناً بالإشارة، أو علم ظاهر بالخبر، وفيه كفاية.

قالوا: ولأجل الجهل بالصفات قلنا: لا يلزم العقد، وهذا لأن اللزوم وصف العقد فالجهل بالوصف سلب وصف العقد؛ كما أن الجهل بالعين سلب أصل العقد؛ ليكون الوصف، في مقابلة الوصف والأصل في مقابلة الأصل.

وأمّا عدم اللزوم مع الرضا باللزوم كان لأجل الخبر؛ فإن الخبر اقتضى

ثبوت الخيار عند الرؤية، وإذا ألزم العقد سقط بالخيار عند الرؤية فيكون فيه تغييرُ شَرْعٍ ثَبَتَ بالنص فالمحافظة على هذا النص منعنا لزوم العقد بالإلزام، اللهم إلّا أن يحصل حكمًا لا بالإلزام، بأن يعتق العبد، أو يكاتبه، أو يموت لأنه حينئذ يكون السقوط محللًا به على الشروع لا على تغير من قبله.

وربما يقولون تعلق بفوات اللزوم في مسألتنا [٨٠/ب] حق الشرع كما يتعلق بفساد العقد عند الجهل بالعين حق الشرع، ثم لو تراضيا على العقد في مجهول العين لا يجوز، كذلك إذا تراضيا على اللزوم في مجهول الوصف لا يجوز.

وقال بعضهم: إن الرضا التام لا يوجد في غير المرئي، لأن الرضا بحصول العلم بالصلاحية، ولا تعرف الصلاحية الكاملة إلا بعد الرؤية، وإنما الرضا قبل الرؤية مجازفة لا رضا.

هذا جملة كلامهم في المسألة.

وقد قال بعضهم: إن أصل الجهل بالمبيع غير مفسد للعقد، وإنما المفسد هو العجز عن التسليم بما يؤدي إليه هذا الجهل من المنازعة، وعينوا فيما إذا باع عبدًا من العبيد أو ثوبًا من الثياب، وكذلك في السلم إذا أسلم ولم يذكر الوصف يفسد لهذا.

واستدلوا في أن مجرد الجهل بالمبيع غير مانع من جواز العقد بما لو باع قفيزًا من صُبْرة يجوز، ولو باع شاة من قطيع لا يجوز، والجهل في الموضعين واحد، وإنما افترقا؛ لأن الجهل في أحد الموضعين لا يؤدي إلى



المنازعة بخلاف الموضع الآخر، وفي مسألتنا الجهل بفقد الرؤية لا يؤدي إلى المنازعة، لأن المسألة مصورة في مثل هذا الموضع فوجب أن لا يمنع جواز العقد.

وربما يستدلون بالجهل بالجنس أو النوع أو قدر المالية، وقالوا: إذا لم تمنع هذه الجهالات جواز العقد، كذلك الجهل بالعين، ومعتمدهم الطريقة الأولى.

❁ **الجواب:**

أما الخبر فلا يثبت أصلًا.

وقال الدارقطني[١]: «رواه عمر بن إبراهيم الكردي[٢] وهو وضاع للحديث»[٣]، وبالجملة لو ثبت لقلنا به.

وأما آثار الصحابة:

فالأشهر من القصص قصة المبايعة بين عثمان وطلحة وإنما رواها سعيد ابن المسيب[٤] ولا تصح روايته نقلا عن أحد من العشرة؛ إلا عن سعد بن أبي وقاص.

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٥.

(٢) عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي الهاشمي مولاهم، عن عبد الملك بن عمير وعن ابن أبي ذئب وشبة وبقى إلى ما بعد العشرين ومئتين. ينظر: لسان الميزان: ٤/٢٨١.

(٣) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٥.

(٤) رواها البيهقي في سننه: ٥/٢٦٧، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/٤٦، باب البيع على الصفة وهي غائبة.



ويحتمل أنهم لم يروا ما اشتروه عند العقد، وقد كانوا رأوه من قبل.

وأما المعنى الذي تعلقوا به:

قولهم: «باع مملوكة مقدورًا على تسليمها».

قلنا: بلى، ولكنها مجهولة، والعلم بالمبيع شرط لصحة العقد فإذا لم يكن معلومًا فُقِدَ شرطُ صحة البيع.

يبينه: أنه كيف يكون عالمًا بالمبيع ولو رآه لم يمكنه أن يميّز بينه وبين غيره وأدنى شواهد العلم بالشيء أن يميّز بينه وبين غيره مما لا يعلمه.

وهم يقولون على هذا إنما لا يميز بينه وبين غيره للجهل بالوصف لا للجهل بالعين، وأيضًا يقولون: أيش معنى قولكم: «إنه غير عالم بالمبيع»؟ إن عنيتم بوجود عينه فقد ذكرنا أنه قد عرف الوجود بدليله، وإن عنيتم ما وراءه فليس إلّا الصفات وقد ذكرنا أن الجهل بالصفة غير مانع.

قلنا: نعني به الجهل بوجوده.

قولهم: «إنّ الوجود ثبت بدليله».

قلنا: ما ثبت؛ لأن دليل الوجود هو الرؤية، ونعني بالدليل ما يوصل الإنسان إلى علمه بوجود الشيء.

فإن قالوا: الخبر أيضا دليل.

قلنا: الدليل الأصلي هو الرؤية؛ فإنا إنما نقبل الخبر من المخبر بتقدير رؤيته؛ فيعتمد السامع رؤيته فيقدِّر في نفسه وجوده باعتماده على حياته برؤيته



ويصير السامع كالرائي تقديرًا.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن العلم الذي يحصل بالرؤية وهو علم الإحاطة بالشيء لا يحصل بالخبر، وقد ثبت أن النبي - عليه السلام - قال: (ليس الخبر كالمعاينة)(١).

فثبت أن الأصل هو الرؤية، ولا بد في مسألتنا من العلم بالوجود لجواز العقد وإنما نعرض عن الأصل ونصير إلى غيره لحاجةٍ وضرورةٍ، ولا حاجة في الاكتفاء بالخبر؛ لأن التوصل إلى الرؤية ممكن من غير ضرورة ولا حرج، وأيضًا فإنما ننزل عن هذا الأصل إلى الخبر إذا كان الخبر يفيد ما تفيده الرؤية ولا يفيد؛ لأن علم الإحاطة بالشيء من جميع وجوهه لا يحصل بالخبر.

ولأن الخبر لا يقطع التّجوز والتّوهم والرؤية قاطعة له فلم يقم مقامها.

وخرج على ما قلنا ما أوردوا من المسائل. لأن في طلب أسباب الملك رؤية وعيانًا وطلب التوكيلات والتفويضات وعقود المعاملات مشاهدة ومحسوسًا حرج عظيم وضرر شديد بخلاف مسألتنا.

يبينه: أن المطلوب في هذه المسائل نفس العلم، وفي مسألتنا إنما يراد العلم بالمبيع لمقصودٍ وهو تحصيل مقصود البيع، وإنما يحصل مقصود البيع بعلم يصدر عن الرؤية، لأنه يوجب الإحاطة بالشيء من جميع وجوهه فيعلم أنه مغبون أو مغبوط.

فأما بالخبر فلا، فتعين الرؤية طريقًا للعلم بهذا الوجه.

---

(١) رواه أحمد في المسند: ٢١٥/١، ٢٧١، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار: ٤٩/١ وقال: «لم يروه غير ابن عباس». والقرطبي في تفسيره (٢٩٨/٣، ١٧١/٢٠).

وأما إذا كان رأى المبيع من قبل فإنما جاز لأنا نقدر الرؤية هناك قائمة باقية، ولهذا جعل العقد عليه كالعقد على الحاضر من كل الوجوه بدليل لزوم العقد.

وقولهم: «إنه يجوز أنه هلك».

قلنا: هذا التجوز ساقط، لأن دليل الوجود مقطوع به والهلاك موهوم [٨١/أ] فلا يعارض ما علمنا بدليل مقطوع به.

وفي مسألتنا: لا يوجد مثل هذا فرجعنا إلى الدليل الأصلي على ما سبق بيانه. إلى هذا الموضع انتهت حقيقة المسألة.

وأما الصورة التي ذكروها في الدابة المُجلّلة والجارية المُنتقبة فنقول: التصوير في موضعٍ مخصوصٍ ليس من عادة المحققين، ثم يقال في هذه الصورة تأتي طريق صار المبيع معلومًا إن قلتم بالرؤية فنحن نعلم قطعًا أنه لم ير المبيع، وإن قلتم بالإشارة، فالإشارة لتمييز المشار إليه من غيره لا لإعلام.

ألا ترى أنه يعلم أعيانا بالرؤية ثم يشير إلى واحدٍ منها لتميّزها بالإشارة من غيرها فالطريق في هذه الصورة هو المجادلة وطلب إظهار طريق العلم بالمبيع، والتحقيق ما سبق من قبل.

وأما ما اعترضوا على فصل الجهل بالوصف وكونه مفسدًا للعقد.

فتلك اعتراضات واقعة، وليس الاعتماد إلا على وجود الجهل بالعين.

وأما ما اعترضوا به على فصل الخيار: ففصل الخيار في الإلزام لا بأس به، وأما الاعتماد عليه ابتداء فبعيد؛ لأن التعلق بحكمٍ على أصل المخالف لإثبات المذهب ليس من شأن المحققين، والاعتراض الذي قالوه ضعيف؛ لأن في الاعتراض الأول تعلقوا بالخبر، والخبر غير ثابت، وعلى أنه يدخل على ما قالوه إذا فسخ العقد قبل الرؤية فإنه يجوز عندهم، وفيه إسقاط الخيار أيضًا، وإن كان بواسطة إبطال العقد.

والعذر الثاني الذي قالوه من تعلق حق الشرع بالخيار فبعيد أيضًا؛ لأنه ليس عليه دليل، ولأنه يدخل عليه سائر أنواع الخيار.

وقولهم: «إن الرضا لا يوجد على التمام قبل الرؤية».

قلنا: يوجد؛ لأنه يقول: «رضيتُ على أيّ وصفٍ كان المبيع» مثل ما يقول في الرضا بالعيوب، والطريقة الأخيرة ليست بشيءٍ وقد سبق الدليل.

أما إذا باع قفيزًا من صُبْرة لا يجوز إلا إذا كانت الصُّبْرة معلوم القفزان فيصير القفيز الواحد معلوما من حيث الجزئية من جملة الصُّبْرة، وينتقض بما لو قال: «بعتُ شاة من هذا القطيع فتختار أيّها شئت» فإنه لا يجوز، وليس المانع سوى الجهالة لأنه لا منازعة في هذه الصورة.

وكذلك في العبيد الأربعة ومناقضتهم بالعبيد الثلاثة[1] معلومة وليس لهم عنهما عذر يبالىَ به.

والله أعلم بالصواب

---

(١) في المخطوطة: الثلاث.



❋ (مَسْأَلة):

خيار المجلس[1] ثابت عندنا في البيع، وما هو في معناه[2].

وعندهم: لا يثبت أصلًا[3].

❋ لنا:

حديث ابن عمر أن النبي - عليه السلام - قال: (المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار)[4].

هذا اللفظ رواية مالك[5].

---

(١) خيار المجلس هو: موضع الجلوس وهو أن يكون لكل واحد من المتبايعين الخيار مالم يتفرقا. زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٤٧/٣.

(٢) النكت: ورقة ١٢٩/أ، المهذب: ٣٤٣/١، الأم ٣/٣، المجموع: ١٧١/٩، معالم السنن: ٧٣٣/٣ تهذيب الأحكام: ورقة ٣/أ ـ كتاب البيع ـ.
وهو قول الحنابلة ينظر: المغني: ١٠/٦، الإفصاح: ٣٢١/١.
قال ابن قدامة: «ويروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة، وبه قال: سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وطاووس والزهري، وعطاء والأوزاعي وابن أبي ذئب».
وذكر هؤلاء الخطابي في المعالم: ٧٣٣/٣، وهو قول ابن حبيب من المالكية، المنتقى: ٥٥/٥.

(٣) الأسرار: ١٠٢/٢/أ، شرح معاني الآثار: ١٧/٤، مختصر القدوري: ٢٣٨/١ (مع الجوهرة) بدائع الصنائع: ٣٢١١/٧.
وهو قول المالكية، ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢٤٨/١، الموطأ: ٥٥/٥ مع المنتقى، قوانين الأحكام: ٣٠٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٧٠١/٢.

(٤) رواه النسائي في سننه: (٢١٨/٧).
وأبو داود في سننه: (٧٣٥/٣) مع المعالم، باب في خيار المتبايعين.

(٥) ينظر: الموطأ: ٥٥/٥ مع المنتقى، باب بيع الخيار.



وروى حماد بن[1] زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي - ﷺ - قال: «كل بيّعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[2].

والخبر نص في موضع الخلاف.

قالوا: هذا خبر واحد ورد فيما يعم به البلوى وعندنا لا يقبل خبر الواحد في هذه الصورة[3] لأن ما يعم به البلوى ينبغي أن يكون بيان حكمه عامًا لعموم الحاجة فإذا كان حكمه نقله الواحد أو الاثنان فهو يدل على أن أصله غير ثابت، ثم حملوا الخبر على المتساومين[4].

وقالوا: عندنا لهما الخيار: أما المشتري ففي القبول والرجوع.

وأما البائع ففي الثبات والرجوع.

قالوا: ويجوز أن يسمى المتساومان متبايعين على طريق المجاز[5].

---

(١) في المخطوط (عن) والتصويب من معاني الآثار.

(٢) رواه بسند آخر ولفظه: «كل بيعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون بينهما خيار».
ورواه النسائي في سننه: ٧/٢٢٠، ٢٢١، بلفظ (كل بيعين...).
ورواه البخاري في صحيحه: ٣٢٨/٤ مع الفتح بلفظ: (البيعان بالخيار...) بنفس السند، باب إذا لم يؤقت الخيار هل يجوز الفسخ.
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٢/٤، وأبو داود في سننه (٧٣٥/٣، ٧٣٦).

(٣) الأسرار: (٢/١٠١/أ) ولفظه: «.. وأنه باب مما تعم به البلوى فلا يقبل فيه الغريب».

(٤) وذكر هذا المعنى الباجي في المنتقى عن مالك (٥٥/٥).

(٥) المجاز: هو اسم لما أريد به غير الموضوع لاتصال بينهما معنىً كما في تسميه البليد حمارًا أو الشجاع أسدًا. ينظر: المغني للخبازي صـ١٣١.
وحكمه وجود ما أريد به خاصًا كان أو عامًا كما في لفظة الصاع في حديث ابن عمر ولا الصاع بالصاعين لأن حقيقة الصاع غير مراد فكان مجازه مراده وهو ما يحله ويجاوره.

وهذا لأنهما استعدًّا[1] للبيع وتهيّآ له فاستقام أن يُسمّيا باسم المباشر له توسعًا، ألا ترى أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: (لا يبيع أحدكم على بيع أخيه)[2]، والمراد منه لا يُستام على سوم أخيه، وإنما سماه بيعًا على طريق المجاز. كذلك هاهنا.

﴿ **الجواب:**

أن الخبر ـ إذا ثبت فسواء كان فيما يعم به البلوى، أو فيما لا يعم به البلوى ـ فلا بد من اتباعه، والحكم به.

وقد قلتم إن الوتر واجب[3]، والقراءة عن المقتدي ساقط بخبر الواحد[4] وهو مما يعم به البلوى والحاجة.

وقولهم: «إذا كانت الحاجة بهذا الحكم عامة وجب أن يكون البيان عن طريق الاستفاضة والعموم».

قلنا: لا، فإن البيان العام يجوز أن يقع بخبر الواحد، وهذا لأن التوصل إلى معرفته ممكن لكل واحدٍ، وإذا أمكن التوصل إلى معرفته لكل واحدٍ تَمّ البيان ووقعت الغُنية والكفاية، وبهذا الطريق أوجبوا الوتر بخبر الواحد، وكذلك أسقطوا القراءة خلف الإمام بخبر الواحد[5]، وأمثال هذا يكثر.

---

(١) في المخطوط: تعدا.

(٢) رواه البخاري في صحيحه (٣٥٣/٤) مع الفتح، باب لا يبيع على بيع أخيه....

(٣) ينظر: أصول السرخسي ٣٦٩/١.

(٤) ينظر: كشف الأسرار ٤٩/١.

(٥) ينظر: حاشية ٤، ٥ ص ٢٢.



وأما التأويل: فباطل، لأنه ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار»، فلابد من وجود التبايع ليبتنى عليه هذا الخيار.

أما قولهم: «إن هذا الاسم يصح إطلاقه على المتساومين بطريق المجاز»(١).

قلنا: [٨١/ب] العبرة للحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلّا بدليل.

فإن قالوا: إن اسم المتبايعين لهما بعد الفراغ مجاز أيضًا.

وإنما الحقيقة لهذا الاسم حين اشتغالهما بالتبايع كالمتشاتمين والمتضاربين.

قلنا: ليس كذلك، فإن العقد قائم حقيقة بعد الفراغ لقيام حكمه، ولأن الشرع حكم ببقاء العقد بدليل جواز الإقالة(٢) والرد بالعيب(٣) وغيره ولولا بقاء العقد لم يتصور ملك الفسخ.

يبينه: أن النبي - ﷺ - قال (إلا بيع الخيار)(٤).

وفي رواية: «أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»(٥) وكلا اللفظين صحيح، ولامعنى لهذا اللفظ إلا على هذا المذهب.

---

(١) ذكره في اللباب (٤٨٦/٢).

(٢) الإقالة: طلب فسخ البيع والرجوع على البائع بما أخذه من القيمة.

ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٦٨/٣.

(٣) سيأتي تعريفه في صـ ٣٤.

(٤) رواه أبو داود في سننه ٢٤٥/٢ باب خيار المتبايعين، والنسائي في سننه ٢٢١/٧.

(٥) سبق تخريجه في صـ ٢٠.




فأما على التأويل الذي صاروا إليه فهذا اللفظ لغو باطل، ولأن ابن عمر وهو راوي الحديث فهم الذي قلناه حتى روي أنه «كان إذا اشترى شيئًا مشى خطوات ليلزم البيع»[1].

والمعتمد لنا: هو السنة، وسنبين المعنى بقدر الإمكان في الجواب عن كلماتهم.

وأما حجتهم:

قالوا: عقد معاوضة فيلزم بنفسه[2].

دليله: النكاح.

وبعضهم قال: عقد معاوضة فيكون الأصل فيه الثبات والقرار.

وأما فقههم:

قالوا: البيع عقد مشروع يوصف بحكم فوصفه اللزوم وحكمه الملك[3]، وقد تَمّ البيع فوجب أن يتم بوصفه مفيدًا حكمه.

وأما تأخير ذلك إلى أن يفترقا ليس عليه دليل.

يبينه: أن السبب إذا تَمّ يفيد حكمه ولا ينبغي أن يتأخر حكمه إلا بعارض دليل، فمن ادعى العارض فعليه البيان.

---

(١) ذكره الخطابي في المعالم: ٧٣٣/٣. ورواه الشافعي في كتاب الأم: ٣/٣.
ورواه البخاري عن نافع قال: «وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه أن يفارق صاحبه» صحيح البخاري مع الفتح: ٣٢٦/٤، باب كم يجوز الخيار.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق ٤/٤٤.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق ٤/٤٤.

وتحقيقهم: هو طلب علة الخيار. قالوا: ولا يجوز أن يكون نفس البيع، لأن البيع إذا كان حكمه الملك واللزوم فلا يجوز أن يكون نفسه موجبًا ضده.

وأما المجلس فليس فيه دليل على ثبوت الخيار، لأن المجلس ليس إلا لزوم المتعاقدين مكانًا واحدًا أو بقائهما في مجلس العقد وهذا لا يصلح علة للخيار، وهذا لأن الموجب للخيار دليل يعارض العقد في منع اللزوم مثل شرط الخيار فإنه استثناء وصف اللزوم والعقد يقتضى اللزوم فإذا عارضه ما يسقط اللزوم سقط عمل العقد في اللزوم لأجل المعارضة، وعلى هذا عمل وجود العيب بالمبيع وكذلك عمل الجهل بالصفة.

فأما هاهنا فلا دليل يعارض العقد في سلب اللزوم أو نفي الملك فبقى العقد عاملًا في إثبات حكمه منعقدًا بوصفه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الخيار إنما ثبت نظرًا للمتعاقدين؛ لأن النظر ليس إلا لدفع الغبن إن عثر عليه، والشارع قد شرع الخيار الثلاث لهذه العلة فإن في خبر حبّان بن منقذ[1] أنه كان يُغْبن في البيع، فقال له النبي عليه السلام: (إذا ابتعت شيئًا فقل: لا خِلابة[2] ولي الخيار ثلاثة أيام)[3]، وإذا شرع خيار

(١) حَبّان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ثم المازني المدني، وهو صحابيّ روى له مسلم وأبو داود، والترمذي، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ٦٢.

(٢) «خلابة» مصدر خلبتُ الرجل إذا خدعته. قاله الخطابي في المعالم: ٣/٧٦٦.
رواه البخاري في صحيحه ٤/٣٣٧، ـ مع الفتح ـ باب ما يكره من الخداع في البيع.

(٣) نقل ابن حجر عن الرافعي قوله «وجعل لك ذلك ثلاثة أيام، وفي رواية»، ولك الخيار ثلاثًا، وفي رواية «قل لا خلابة، واشترط الخيار ثلاثًا».
وهذه الروايات كلها في كتب الفقه وليس في كتب الحديث المشهورة سوى قوله: «لا خلابة» التلخيص الحبير: ٣/٢١. =

الشرط لهذا النظر، فلا معنى لشرع خيار آخر.

يبينه: أن هذا النظر لا يوجد إلا لخيار يبقى بعد التفرق، فأما بخيار يتقيد بالمجلس وصاحبه متمكن من مفارقته فلا يوجد فيه تمام النظر.

واستدلوا: على أن اللزوم من مقتضى هذا العقد بكونه معاوضة، وهذا لأن دخول العوض في العقد موجب للزوم العقد بدليل العوض في الهبة، وبدليل العوض في الطلاق.

وتعلق بعض أصحابهم: بوجود الرضا على الكمال، ودليل وجود الرضا على الكمال إطلاق العقد، والعقد عقد مراضاة، فإذا أطلق العقد فقد كمل الرضا وتمّ.

۞ **الجواب:**

أن سبب الخيار هو نفس العقد وهو موافق لنص الرسول عليه السلام فإن في الخبر (المتبايعان بالخيار)[1].

دل أنه ثابت بالتبايع.

والمعنى يدل عليه أيضًا: وذلك لأن البيع سبب للإيقاع في الندم والندم مؤثر في إثبات الخيار وإنما قلنا ذلك لأن النظر متوقع من الشارع في كل موضع وقعت الحاجة إلى النظر، والندم محوج إلى النظر، فثبت الخيار نظرًا.

وقال النووي في المجموع: «ما وقع في الوسيط وبعض كتب الفقه في هذا الحديث أن النبي ﷺ قال له» واشترط الخيار ثلاثة أيام «فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث» ٩/ ١٧٨.

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤/ ٣٢٨ مع الفتح، باب «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا».

ثم بيان قولنا «إن البيع سبب للإيقاع في الندم».

وذلك لأن البيع يخرج العين المبيعة عن ملكه، وخروج العين المبيعة عن ملكه وإن كان بثمنٍ سبب للندم، فإن للناس أغراضًا ومقاصد في الأعيان، والآدمي مجبول على الضعف والتقصير في حقه، وربما يبيع بيعًا ويرى الغبطةَ في البيع فإذا وقع البيع وخرج الشيء من ملكه ندم ورأى أن الغبطةَ كان في ترك البيع وبقاء العين على ملكه، وكذلك في جانب المشتري وهذا معيار متعارف.

وبهذا السبب ثبت لهما خيار الإقالة، وليس المعنى إلا الندم وبه ورد النص فإن النبي عليه السلام قال: (مَنْ أقال نادمًا أقال الله عثرته يوم القيامة)[1].

ولو خُلينا والقياس لم تجز الإقالة في عقد فرغ منه وانقضى بحقيقته ولكنها جازت من الشرع نظرًا [٨٢/أ] للمتعاقدين إلا أن ذلك الخيار لندمٍ يتفقان عليه، وهذا الخيار بندمٍ ينفرد به أحدهما ولابد من كل واحد منهما ليتم النظر.

وأما فصل شرط الخيار فنقول: «لا تقع الغُنية بذلك الخيار عن هذا الخيار، لأن ذلك الخيار لندمٍ بغبنٍ يظهر على ما ورد به الخبر، وهذا الخيار بندمٍ لعقدٍ يقع وكل واحد مؤثر في الندم فإذا كان أحدهما يوجب شرع خيار لتلافي ما يحصل به الندم. فكذلك الآخر جاز أن يوجب أيضًا إلا أن أحدهما ثبت شرعًا، لأن سببه العقد والآخر ثبت شرطا لأن الشرع أشار إليه وأمر بشرطه والخيار ينقسم إلى مشروطٍ ومشروعٍ وإن اتفقا في المعنى الموجب

---

(١) رواه بهذا اللفظ ابن عدي في الكامل: ١/١٣٣، ١٣٤.

للخيار بدليل خيار فقد الصفة[1] فإنه تارة يثبت شرعًا لأجل وجود العيب وتارة يثبت شرطًا إذا شرط في العبد أنه خبّاز أو كاتب.

وأما فصل التقييد بالمجلس: فإنما كان كذلك؛ لأنه لما كان سببه نفس العقد تقدر بزمان العقد، ولأن المقصود والمطلوب بهذا يحصل فإنه ليس لندم العثور على الغبن أو للتروّي والتفكير بل هو بسببِ ندمٍ يحصل بعين العقد، وإذا أثبتنا بهذا القدر حصل المقصود فلا معنى لاعتبار الزيادة.

وجملة الكلام أن خيار المجلس خيار نظر فيثبت لقيام الحاجة إلى النظر، دليله: خيار الرؤية وخيار الشرط عند المشارطة.

فإن قالوا: ما السبب؟ فقد بيّنا.

وقولهم: «إن العقد مشروع بوصفٍ لحكمٍ».

قلنا: بلى، ولكنه عارضه دليل في نفي اللزوم وتأخير الملك في زمان المجلس على ما سبق بيانه فصار العقد مفيدًا حكمه بعد التفرق لسقوط الدليل المعارض مثل ما يفيد حكمه بعد مضي الثلاث لسقوط المعارض.

وأما دخول العوض فلا يمنع ثبوت هذا الخيار مثل ما لا يمنع ثبوت خيار الشرط.

وأما وجود الرضا لا يمنع ثبوت الخيار أيضا نظرًا مثل خيار الرؤية وهذا لأن الآدمي لما كان مجبولًا على العجز والتقصير في حق نفسه وترك النظر فلا يجوز في حكمة الشرع تخليتُه والنظر لنفسه بل لا بد من انضمام النظر

---

(١) هو خيار الخُلف في الصفة كأن يشترط أن يكون العامل خبازًا أو سائقًا...



إلى نظره من قبل خالقه وإيصال لطفٍ إليه بإثبات نظرٍ له وإن لم يكن حاصلًا باختياره وكسبه وهذا ظاهر للمتأمل.

وقد كانت هذه المسألة خبرية محضة ولم يكن للأصحاب فيها مجال للفقه فصارت المسألة بما استخرجنا من المعنى من المسائل الفقهية، والتحقت بأخواتها ونظائرها بحمد الله تعالى وتوفيقه. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

خيار الشرط[1] موروث عندنا[2].

وعندهم: لا يورث[3].

لنا:

إنه حق من حقوق المال فيورث كسائر حقوق المالية؛ مثل حق الرهن، وحق الكفالة، وحق حبس المبيع وغيرها، وهذا لأن الحقوق محل الإرث

---

(١) هو أن يشترط المتعاقدان مدة معلومة في صلب العقد كأن يشترط تسليمه البضاعة في مدة كذا. المغني ٣٠/٦، زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٤٩/٣.

(٢) مختصر المزني: ١٣٤/٢ مع الأم، المجموع: ١٩٣/٩، ٢٢١، ٢٢٢.
النكت: ورقة ١٣٠/ب المهذب: ٣٤٤/١، تهذيب الأحكام: ٧/أ، كتاب البيع.
وهو قول المالكية.. ينظر: الإشراف للبغدادي ٢٤٩/١، المنتقى للباجي: ٥٩/٥.

(٣) الأسرار: ٩٧/٢/ب مراد ملا، مختلف الرواية: ورقة ١٥٨/ب.
مختصر الطحاوي: ٧٥، المبسوط: ٤٢/١٣، مختصر القدوري: ٢٥٠/١ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٣٠٤٠/٦، رؤوس المسائل ص٢٧٤، الهداية مع فتح القدير: ٣١٨/٦، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني: ١٤/٦، الإفصاح: ٣٢٣/١.

مثل الأعيان؛ بدليل قوله ﷺ: (مَنْ ترك حقًا أو مالًا فلورثته)[1].

ولأن الحقوق محترمة معصومة مثل أعيان المال فلا تضيع بموته، لأن الموت غير مضيّع للحقوق، فإنه في الوضع ليس لإبطال الحقوق، وإسقاطها، إنما هو نقل إلى الآخرة، إلا إنه لما مات استغنى عن حقوقه وأملاكه، فالشرع نقلها إلى أقرب الناس إليه ليكون خليفة له في أملاكه وحقوقه وتبقى تلك الحرمة والعصمة مستمرة؛ وإن انتقل من مورثٍ إلى وارثٍ ومن أصلٍ إلى خلفٍ.

واعلم أنهم يسلمون جريان الإرث في الحقوق غير أنهم يمنعون كون خيار الشرط حقًا فنقول: الثابت بخيار الشرط هو فسخ العقد، ولا فرق بين أن يقول: بعتُ على أني بالخيار أو يقول: بعتُ على أن لي فسخه إلى ثلاثة أيام.

وهذا لأن الخيار إنما صح بشرطه بحكمٍ شرعيٍ يبتنى عليه، وليس ذلك الحكم إلا الفسخ، فإن الإجازة ثابتة بنفس العقد؛ بدليل أنه إذا مضت المدة لزم العقد من غير صنع من قبله، فأما إذا أجاز في المدة فإنما لزم العقد لا لأنه تصرف بحكم الخيار لكن لأنه أسقط الخيار بالإجازة فظهر حكم العقد من اللزوم، فثبت أن الخيار مشروط للفسخ وأنه حكمه، وترك حق الفسخ من الخيار منزلة الملك من البيع وسائر أحكام العقود من العقود، فكما أن البيع إثبات ملك، والنكاح إثبات حِلّ فشرط الخيار إثبات فسخ وإذا كان الثابت

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٦١ ـ مع الفتح ـ باب الصلاة على من ترك دينًا.
وأحمد في المسند: ٢/٢٩٠، ٤٥٣.



له فسخ العقد، والعقد حقهما لأنه إيجاب وقبول، والإيجاب حق الموجِب، والقبول حق القَابِل، وليس هذا مما يشكل أن العقد حق المتعاقدين [٨٢/ب] وهو حق ثابت لكل واحدٍ من المتعاقدين على صاحبه فصار حقيقة شرط الخيار إسقاط حق الغير عن نفسه بفسخ عقده، وإن شئت قلت تبقية حقه وإسقاط حق غيره، فكما أن ما يثبته لنفسه حقه فما يسقط عن نفسه حقه، لأن كل واحد منهما منفعة مالية عائدة إليه، والمنفعة قد تكون بعينٍ يستحقها على غيره وقد يكون بحقٍ يصل به إلى غيره، وقد تكون بحقٍ يسقطه عن نفسه لولا ذلك الإسقاط لصار مستحقًا عليه.

فثبت بمجموع ما ذكرناه أن شرط الخيار إثبات حق وهو من حقوق المال لما بينا أن منفعته عائدة إلى المال وصار بمنزلة الرد بالعيب، وأصل عقد البيع فإنهما صارا حقين من حقوق المال وجرى فيهما الإرث، كذلك هاهنا.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: الخيار محض مشيئة فلا يورث، وهذا لأن تفسير الخيار: هو أن المشيئة إليه فسخ العقد وإمضاؤه، وماله تفسير أكثر من هذا وإذا كان محض مشيئة فلم يورث، لأن مشيئة الإنسان صفته فإذا مات وَهَلكَ هَلَكَ بصفاته فلا يتصور فيها الإرث.

وحرفهم:

أن الإرث إنما يكون في شيء يبقى بعد موته ولا يتصور بقاء حياته بعد موته.

قالوا: وقولنا: «إنه محض مشيئة» يتبين أنه ليس بإثبات حق بل هو استيفاء مشيئة أصلية كانت ثابتة له، فإنه كان له المشيئة ليعقد مطلقًا فيُلزم ويملك أو يعقد بخيار فيكون عاقدًا من غير إلزامٍ ولا تمليكٍ، فإذا أطلق البيع فقد باشر جميع ما جعل إليه وإذا عقد بخيار فقد باشر بعض ما جعل إليه واستثنى البعض على مشيئته فصار شرط الخيار في الحقيقة ترك العقد في اللزوم والملك على العدم أو هو امتناع من عقدٍ مُلزمٍ مُوجبٍ للملك، والعقد والعدم لا يتصور أن يكون حقًا لأحد، وإذا لم يكن حقا لم يورث. قالوا: وأما لزوم العقد بمضي مدة الخيار وموت مَنْ له الخيار إنما كان لأن شرط الخيار لما كانت حقيقته استيفاء مشيئة، فنفسه ومشيئته سقطت بموته وإذا سقطت مشيئته ظهر موجب العقد من اللزوم والملك؛ وهذا لأن مشيئته كانت مانعة من ظهور الحكم للعقد فإذا سقطت زال المانع وظهر حكمه.

قالوا: «وقولكم إنه إثبات فسخ العقد».

ليس كذلك، بل هو إثبات مشيئة محضة فإنه قال: على أني بالخيار، والخيار والاختيار والمشيئة كلها بمعنى واحد. وقد كادت تخرج عن يده فبشرط الخيار أبقاها في يده من وجه.

وأما فسخ العقد يبتنى على ثبوت المشيئة وهو في الحقيقة ترك إلزام العقد وإثبات الحق للغير لا أنه تصرف في حق الغير بالإسقاط.

قالوا: وقول مَنْ قال من أصحابكم: «إنه حق لازم متعلق بالعقد أو بالمبيع».

ليس بشيء؛ لأنه إذا لم يكن حقًا فكيف يتعلق بمحل؟، ولأنه إذا كان محض مشيئة وخيرة فيكون محله نفس العاقد الشائي لا العقد ولا المبيع.

وأما اللزوم فلا معنى له؛ لأن ما يورث لا فرق بين أن يكون لازمًا أو غير لازم كالعقد وإن كان غير لازم يورث.

قالوا: وأما خيار العيب[1] فلا يورث عندنا[2]، وإنما يورث المُوجَبَ بخيار العيب ثم يثبت للوارث ابتداءً.

وبيان هذا: أن البائع أوجب للمشتري عينًا بشرط السلامة؛ لأنه سلامة بسلامة، فإذا لم يجدها سليمة ثبت له حق الرجوع إلى رأس ماله الأصلي وهو الثمن، وما أوجبه البائع للمشتري قد استحقه وارثه فصار المبيع مستحقًا للوارث بوصف السلامة على ما كان يستحقه المورث، فإذا لم يجد ثبت له حق الرد ابتداءً لا على طريق إرث الخيار.

وأما في مسألتنا لو ثبت الخيار لثبت على طريق الإرث، لأن إثباته ابتداءً لا وجه بحال، لأن المبيع سليم من العيوب وملك المبيع سليمًا من العيوب لا يكون سببا للخيار، وإنما كان الخيار للمورث لاستثنائه المشيئة لنفسه، وقد هَلَكَ بمشيئته فلزم العقد ثم إذا لزم العقد لم يتصور ثبوت خيار الشرط في عقد لازم.

قالوا: (وكذلك خيار الرؤية إن سلمنا، يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مجهول الوصف، وكذلك خيار التعيين فيما لو اشترى أحد عبدين

---

(١) هو ما ينقص قيمة المبيع كالمرض. ينظر: زاد المستقنع مع شرح للفوزان ٥٦/٣.
(٢) عند الحنفية.

على أنه بالخيار يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مختلطًا بما ليس بمبيع)[1] فيكون له خيار التميز ويكون وارث المشتري أولى بالتمييز والتعيين من البائع؛ لأنه خليفة مَنْ كان أولى بالخيار في الجملة فيكون أولى بالخيار أيضًا.

قالوا: وأما العقد، فقد قال بعضهم: إنه لا يورث، لأنه قول مضى وانقضى فلا يتصور فيه الإرث، وإنما مَلَكَ الوارثُ الإقالة والرد بالعيب وكذلك المورث لا لبقاء العقد لوارثه لكن لملكه العين عن عقدٍ أو لملكه العين تبعية.

ولملك العين [٨٣/أ] عن البيع حكم وهو ملك الفسخ فَمَلَكَه لإظهار حكم السبب.

قالوا: ولهذا ملك عندنا الموكّل الفسخ وليس بعاقدٍ، وكذلك القاضي يملك وليس بعاقد، وقد سلّم أكثرهم على أن العقد موروث.

قالوا: إنه حكم يبقى فيبقى ببقاء حكمه فيورث، والخيار ليس له حكم أصلًا حتى يبقى ببقاء حكمه فلم يورث، وهذا رجوع إلى قولهم: «إن شرط الخيار ليس بإثبات حق أصلًا والعقد إثبات حق».

وربما يقولون: جرى الإرث في العقد تبعًا للعين، فلو ورث الخيار ورث تبعًا للعقد ولا يكون للتبع تبع.

وأما مشايخهم تعلقوا بالأجل. وقالوا: مدة فسخه تثبت لأحد المتعاقدين

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار مع بعض التصرف ٢/٩٨/ب.



شرطًا فلم يورث كالأجل.

وأوردوه نقضًا على العلة التي وقع التعلق بها ابتداءً وهو قولنا «حق من حقوق المال».

الجواب:

إن قولهم: «الخيار محض مشيئة».

قلنا: «إن عَنَوا أن الثابت نفس المشيئة فليس كذلك، وإن عَنَوا أن الثابت حق يستوفى بالمشيئة فمسلم، ولكنه حق موروث؛ وهذا لأن المشيئة التي زعموها لا تدخل تحت الشرط بعد العقد؛ وهذا لأن سبب الإيجاب والملك قد تَمَّ من قبله وليس يحتاج إلى مباشرة شيء ليلزم العقد ويفيد الملك وإذا مضت المدة فالمشتري يملك بذلك العقد السابق من غير أن انضم إليه مباشر شيء آخر من قبل العاقد».

وإذا ثبت تمام السبب لم يستقم أن يقال إن شرط الخيار هو استيفاء مشيئة كانت ثابتة له؛ لأنهم يعنون المشيئة في العقد، وإذا كان قد باشر العقد على الكمال والتمام بدليل استغنائه عن ضم شيء آخر إليه من حيث العقدية لم يتصور أن يكون شرط الخيار استيفاء مشيئة كانت ثابتة له في أصل العقد بل صار شرط الخيار إثبات ولاية الفسخ في عقد منعقد كامل.

ولهذا افتقر شرط الخيار إلى رضا المشترى ولو كان استيفاء مشيئة لم يفتقر، وإنما افتقر لأنه إثبات فسخ عقده، ولهذا كان الأصح عندنا أن الخيار لا يمنع ملك المشتري؛ لأن السبب قد تَمّ فأوجب الملك في المبيع، وإنما

الثابت بشرط الخيار مجرد فسخ العقد، وذلك لا يمنع الملك، وأما عدم اللزوم إنما كان لأنه لا يتصور مع ثبوت الفسخ أن يكون لازمًا فتبين بما قلنا تحقيقًا أنه ليس شرط الخيار استيفاء المشيئة الأصلية إنما هو إثبات حق الفسخ، لأن ثبوت الفسخ مستقيم شرعًا ومعقولًا.

أما استيفاء المشيئة في العقد وقد تَمّ السبب في العقد به فمحال لا يمكن إثباته، هذا هو نهاية التحقيق وسر المسألة، وليس يَرِدُ عليه كلام بوجهٍ ما، وقد غَفَلَ عنه كُلُّ مَنْ تكلم في هذه المسألة حتى استخرجناه من مظانه وأبرزناه من خدره بعون الله تعالى.

وأما فصل العقد فهو داخل على طريقتهم؛ لأنه كلام، كما أن الخيار مشيئة وإن كان مشيئة الإنسان تفوت بفواته، فكذلك كلامه، لكن كلامه لما صار عقدًا شرعيًا وُرِثَ، كذلك المشيئة لما صارت حقًا شرعيا وُرِثَ.

وقولهم: «إن العقد قد انقضى بالفراغ عنه».

ليس بشيء، بدليل جواز الإقالة والفسخ يلاقي العقد لا المعقود عليه، ولأن عندهم تصح الزيادة في الثمن والمبيع، وإنما صح بطريق تغيير العقد ولولا أنه قائم لم يصح تغييره.

وأما الذي قالوا على التسليم «أن العقد له حكم فبقي ببقائه».

قلنا: والخيار له حكم فيبقى ببقائه.

وقولهم: «إن التبع لا يكون له تبع».

قلنا: كما أن العقد سبب مقصود لحكمه فالخيار سبب مقصود لحكمه



فلا فرق بوجه.

وأما قولهم: «على خيار العيب إنه يثبت ابتداءً».

فليس بصحيح، ولا يتصور ثبوت خيار العيب إلا لعاقدٍ؛ لأنه باستحقاق السَّلامة بالعقد ولا يستحق السَّلامة بالعقد إلا عاقدٌ، فأما الوارث لا يستحق ما يستحقه بالعقد ومع هذا ثبت خيار العيب للوارث دل أنه يثبت بطريق الإرث.

وأما فصل الأجل: فليس يدخل أولًا على العلة التي قلناها، لأن قولنا: «فيورث» معناه ليكون حقًا له على ما هو وضع الإرث والوارث لو وُرِثَ الأجل يكون عليه لا له، ألا ترى أنه يتأخر حقه من الشركة ليقضي الدّين ولا يتصور إرث حق يكون عليه.

وهذا لأن الأجل وإن كان حق مالي لكنه صفة الدَّين، ولم يورث الدَّين فكيف يورث الأجل؟، ومتى يتصور أن يكون الدَّين على شخصٍ والأجل لغيره؟

فإن قالوا: «وجب أن يبقى الدَّين في ذمة الميت بأجله».

قلنا: ليس هذا من هذه المسألة في شيء وإنما لم يبق؛ لأن منفعته في سقوط الأجل وتعجيل قضاء الدَّين لتفرغ ذمته وينفك به من النار على ما وَرَدَ به الخبر.

وإذا كان الأجل لنفعه فمتى كان نفعه في سقوطه سقط، ويمكن أن يقال أيضًا إن الأجل لتمحل الدَّين وتحصيله، ولهذا [٨٣/ب] اختص الأجل بالدين




ولم يجز في العين وبالموت قد انتهى زمان التمحل فانتهى الأجل وسقط لفوات ما وضع لأجله والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة)[1]:

إذا شرط البيع في خيار أربعة أيام ثم حذفه قبل دخول اليوم الرابع لم ينقلب العقد صحيحًا[2].

وكذلك إذا جَعَلَ أجل الدين إلى الحصاد أو الدِّياس ثم أسقط قبل أوان الحصاد والدِّياس[3].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يصير العقد كأنه لم يكن فيه هذا الشرط أصلًا[4].

لنا:

أن البيع فاسد بهذا الشرط، والدليل عليه: أن هذا الشرط منهي عنه

---

(١) قال النووي في المجموع: يصح خيار الشرط في البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة. ٩/١٧٨.
وقال في موضع آخر: «واختلفوا في ضبطه فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فيما دونها ولا يجوز أكثر من ذلك». ٩/٢١٢.

(٢) المهذب: ١/٣٤٣، المجموع: ٩/١٨١، ٢١٢، تهذيب الأحكام: ٨/أ ـ كتاب البيوع، الحاوي الكبير: ٥/٦٩.

(٣) الأم: ٣/٨٥، مختصر القدوري: ١/٣٦٢. المجموع: ٩/٣٣١.
قال النووي: «قال مالك وأحمد وأبو ثور: يجوز بثمن إلى الحصاد والدياس والعطاء».

(٤) الأسرار: ٢/٩٤/أ، ب. مختصر القدوري: ١/٢٦٢.

بدليل أن الوفاء به حرام، والشرط المنهي عنه في البيع يفسده، بدليل سائر الشروط وبدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع وشرط»[1].

ولأن البيع إنما صح شرعًا؛ لأنه مشروع على الوجه الذي صح على معنى أنه مأذون فيه من قبله، والبيع بشرط خيار أربعة أيام غير مشروع فلم يكن صحيحًا، وهذا تحقيق عمل النهي.

ويدل عليه: أن عندهم يكون مضمونًا بالقيمة في يد المشتري، وكذلك إذا قبض المبيع في زمان الثلاث قبل دخول اليوم الرابع دل أن البيع فاسد، وإذا ثبت أنه فاسد فنقول: فساده بالشرط؛ لأنه لم يوجد إلا الشرط، ولأن الفساد من قبل العاقد والذي من قبل العاقد هو الشرط وإذا فسد العقد بالشرط لم يتصور انقلابه صحيحًا؛ لأن حذف الشرط غير متصور، فإنه قد قرن العقد وفرغ منه، والإسقاط لو صح إنما يلاقي المشروط لا الشرط، أو يلاقي ما يوجد في المستقبل، فأما ما حكم بانقضائه ومضائه فلا يتصور إسقاطه فبقي على الفساد على ما كان، وصار كما لو دخل جزءٌ من اليوم الرابع ثم أسقط الخيار.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: البيع الفاسد منعقد على ما عرف من أصل أصحابنا فإذا انعقد ثبت فيه مدة الخيار، فإذا أُسقط جعل كأن مدة الخيار كانت مشروطة إلى

---

(١) قال ابن حجر في التلخيص الحبير: رواه ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم والطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث، واستغربه النووي «٣/١٢». ينظر: المحلى ٩/٤٠٩.

زمان الإسقاط، كما لو كان الخيار مشروطا بقدر الثلاث.

وأما معتمدهم من حيث المعنى: فإنهم يقولون إن الفساد غير متمكن من العقد بنفس شرط الخيار، وإذًا لم يتمكن منه قبل الإسقاط والحذف، وإنما قلنا: «إنه غير متمكن»؛ لأن عقد البيع قابل لشرط الخيار في الجملة، ألا ترى أنه يقبل الثلاث، وإنما لم يقبل في هذه المسألة لاتصال الثالث باليوم الرابع، وهذا اتصال يقبل الانفصال.

ألا ترى أن فصل اليوم الثالث ممكن من اليومين في خيار[1] الثلاث، فكذلك فصل اليوم الرابع ممكن من الثلاث في خيار الأربع وإذا قبل الفصل من هذا الوجه ينفصل بالفعل وجعل كالعدم.

يبينه: أن الفساد لما كان باتصال خيار يقبل الانفصال فالفساد يتّصفُ بثبوت يقبل السقوط ليكون ظهور العمل على وفق العامل وضربوا لهذا أمثلة من أصولهم:

* من مسألة بيع الفصَّ ونزعه وتسليمه حيث يصح، أو بيع الجذع في السقف ونزعه وتسليمه، وكذلك إعلام الرقم في المجلس إذا باع بالرقم، وربما يقولون: إن المفسد لم يتمكن من العقد، لأنه ليس المفسد نفس الشرط، وإنما المفسد هو المشروط؛ لأن الشرط يراد للمشروط لا لعينه، والمشروط انتفاء اللزوم عن العقد في اليوم الرابع، وهذا الذي لا يقبله العقد، وانتفاء اللزوم في اليوم الرابع لا يتصور إلا بعد وجود اليوم الرابع، فدل أنه لم يتمكن الفساد من العقد قبل دخول اليوم الرابع.

---

(١) في المخطوط (الخيار) ولعل ما أثبت يستقيم به الكلام.

قالوا: وظهر الفرق بما قلنا بين ما إذا أُسقط الخيار بعد دخول اليوم الرابع أو قبل دخوله.

قالوا: وكذلك الكلام في الأجل إلى الحصاد والدِّياس؛ لأن الفساد ليس في نفس الأجل إنما هو في جهالته[1]، والجهالة في انتهاء الأجل لا في ابتدائه؛ لأنه يتقدم تارة ويتأخر أخرى، فإذا أُسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدِّياس فقد أسقط المفسد من العقد قبل تمكنه منه على ما سبق من قبل فجعل العقد كالخالي عنه في الابتداء.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالخيار الثلاث: فضعيف؛ لأن البيع في تلك الصورة صحيح وقضيته اللزوم إلا أنه تأخر بالخيار المشروط في البيع، وهذا المشروط يقبل الإسقاط تارة والسقوط أخرى ليظهر موجب العقد الصحيح فإن موجب العقد الصحيح لا يظهر إلا عند سقوط الخيار فإذا أُسقط سقط وظهر قضية العقد من الانبراء واللزوم فلا يجعل العقد كأنه عري عن هذا الخيار بالإسقاط ولا أيضًا يجعل كأن المدة كانت مضروبة إلى زمان الإسقاط بل الإسقاط يقتصر على زمانه ولا يتقدم عليه، وقد كان العقد غير منبرم إلى هذا الوقت والآن صار منبرمًا.

فأما في مسألتنا فالعقد فاسد على ما سبق ذكره وقد فسد بالشرط، وإنما فسد لعقده [٨٤/أ] معه فسواء أُسقط أو لم يُسقط بقي العقد معقودًا على الفساد فلم يتصور انقلابه صحيحًا، فإن أراد المتعاقدان بيعا صحيحا فينبغي أن ينشئا

---

(١) الجوهرة النيرة: ١/٣٦٣.




عقدًا لا على هذا الشرط فصار تدارك هذا الأمر بإنشاء مثله صحيحًا لا بإسقاط الخيار منه.

وحرف الفرق أن هناك عقد البيع على الوجه المشروع وضعًا من العمل لعارضٍ تَمّ إذًا لا المانع.

وفي مسألتنا ما عقد على الوجه المشروع أصلا فصار التدارك بإنشائه وابتدائه على الوجه المشروع ولهذا المعنى لو انقضى زمان الخيار في تلك الصورة عاد البيع لازمًا، وفي مسألتنا لو انقضى زمان الخيار لم يعد البيع صحيحًا.

وأما قولهم: «إن الفساد لم يتمكن من العقد».

قلنا: قد تمكن لما بينا أن الفساد بالشرط وتمكنه من العقد شرط فيه.

وقولهم: «إن الفساد باتصال يقبل الانفصال».

قلنا: هذا بناء على أن الفساد بوجود اليوم الرابع، وقد ذكرنا أن الفساد مقترن بالعقد والعقد بشرطه قد مضى فلا يتصور فصل الشرط عنه؛ لأن فصله عنه بأن يعرى عنه ويخلو عنه. وهذا مما يُؤس عنه لما بينا أن الإسقاط يعمل في المستقبل لا في الماضي.

ونجيب بجواب آخر في نهاية القوة بحيث لا يبقى لهم متنفس:

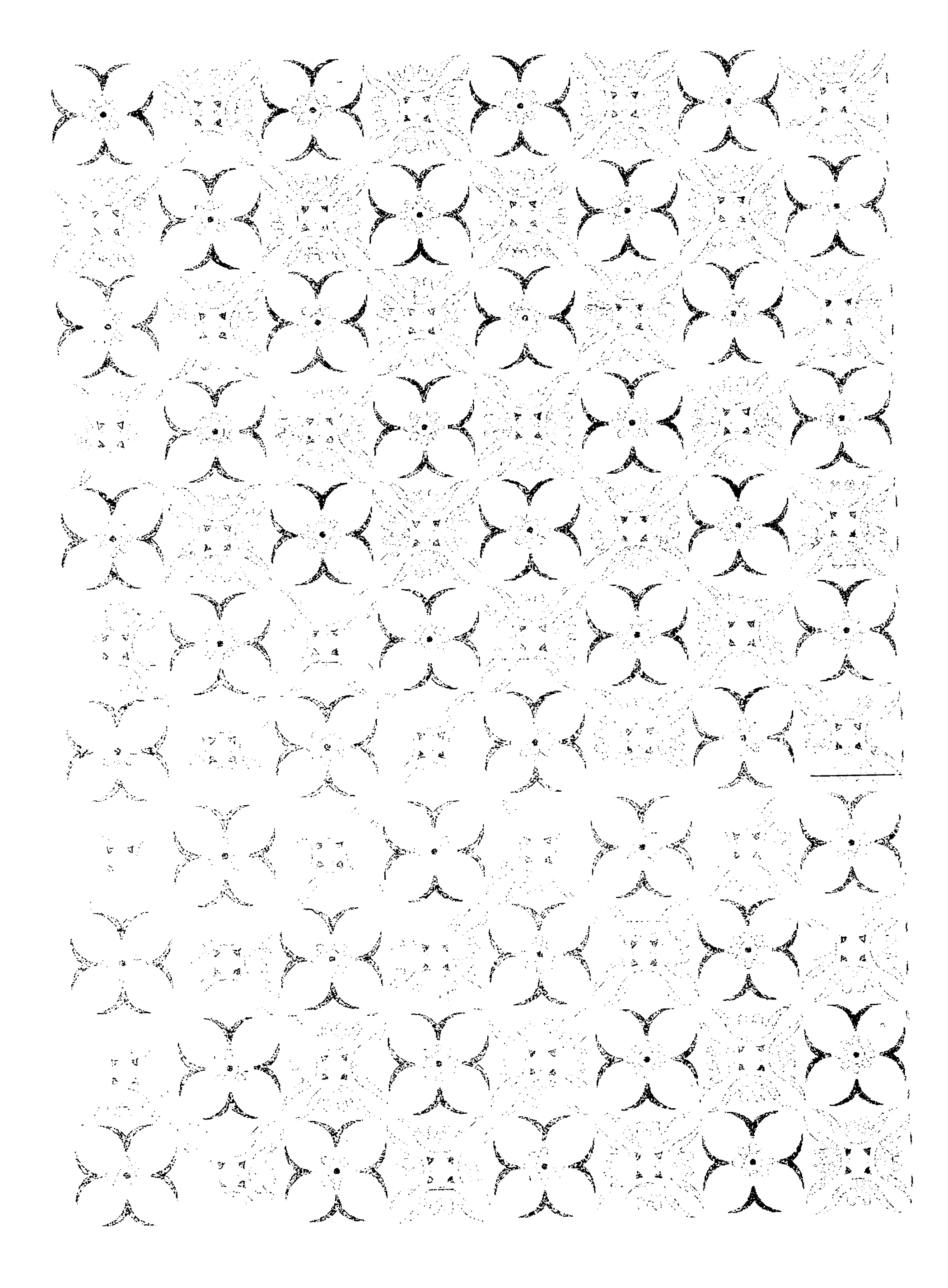
فنقول: لا محل لخيار الشرط في البيع الفاسد وإن كان منعقدًا على أصولهم؛ لأن الخيار بسبب الفساد ثابت لكل واحد من المتعاقدين، والخيار

بالفساد أقوى من كل خيار بل هو باقٍ على كل خيار وإثبات الخيار بالشرط في مثل هذا المحل محال.

ولهذا لو اشترى شيئًا بخمرٍ أو خنزيرٍ على خيار ثلاثة أيام يكون هذا الشرط باطلًا، وإذا لم يثبت الخيار بقي الفساد بنفس الشرط، ومجرد الذكر والإسقاط إنما يتناول مدة الخيار لا نفس الشرط فصار وجود الإسقاط وعدمه بمنزلة، وكذلك في الأجل المجهول؛ لأن الأجل المجهول مضروب لتأخير الثمن، وفي البيع الفاسد إنما تجب القيمة لا الثمن والقيمة والثمن غَيرانِ، فالأجل في أحدهما لا يكون أجلًا في الآخر فبطل الأجل في هذه الصورة كما بطل الخيار في الصورة الأولى فصار الفساد بمجرد ذكر الأجل وذكر الخيار.

والحرف: أنه لو انقلب العقد صحيحًا لانقلب صحيحًا بالإسقاط والإسقاط باطل على ما سبق، وهذا إن اعتمدنا عليه ابتداءً لا يبقى لهم شيء أصلًا.

والله أعلم بالصواب.





مسائل الربويات

❊ (مَسْأَلة):

حكم النص الوارد في إثبات الربا هو تحريم بيع المطعوم بجنسه إلا عند التساوي في معيار الشرع، هذا في الأشياء الأربعة[1].

وفي الذهب والفضة حكم النص هو تحريم بيع الذهب بجنسه أو الفضة بجنسها إلا عند التساوي في معيار الشرع.

وعلة هذا الحكم في الأشياء الأربعة الطعم، وفي الذهب والفضة الثمنية، ويعبر عنه «بجوهرية الأثمان» فيدخل الحلي والتبر.

---

(١) الأم: ٣/١٤، المهذب: ١/٣٥٩، تهذيب الأحكام: ٩/ب، كتاب البيوع، تفسير الفخر الرازي: ٧/٩٤.
وهو الرواية الثانية عند الإمام أحمد. ينظر: المغني: ٦/٥٦، المقنع: ٢/٦٥.
والرواية الثانية هي القول القديم للشافعي: العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنسٍ مكيلًا أو موزونًا، فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والبطيخ إلى غير ذلك من أنواع الفواكه ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والحديد والرصاص ونحوه...»
وهو قول سعيد بن المسيب، المهذب: ١/٣٥٩، المغني: ٦/٥٦.
وقال الإمام مالك: «العلة في الأشياء الأربعة أنها جنس مأكول على وجه تمس إليه الحاجة من القوت وما يصلحه من المدخرات».
الإشراف للبغدادي ١/٢٥٢، الجامع لأحكام القرآن: ٣/٣٥٣.
فمن هذا يظهر أن علة الربا في النقدين متفق عليها بينهم وهي الثمنية، أو كونها قيم المتلفات، وإنما الخلاف فيما يظهر في علة الأشياء الأربعة.




وأما الجنس في الموضعين شرط محض فعلى ما قلنا تحريم البيع هذه الأموال أصل وهو حقيقة الربا وإنما كان ربا؛ لأنه حرام، ولأنه لا يخلو البيع في هذه المواضع عن وجود فضل في المالية من أحد الجانبين، وذلك الفضل ربا، فصار المراد من الفضل على هذا هو الفضل المطلق، لا الفضل من حيث القدر على الخصوص.

وأما الكيل فهو سبب الخلاص عند استواء العوضين فيه، وكذلك الوزن.

هذا جملة مذهب الشافعي - رضي الله عنه - وبيان حقيقته، ومتى عُرِف هذا سَهُل معرفة الفروع وهو جريان الربا في القليل من البُرِّ والشعير وغيره، وجريان الربا في الفواكه، وعدم جريانه في الجِصّ والنَّورة وما ليس بمطعوم.

وأما مذهب أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ وأصحابه فعندهم: حكم النص الوارد في الباب هو إيجاب التسوية بين العوضين في البيع كيلًا في الأشياء الأربعة، ووزنًا في الذهب والفضة[1]، وتحريم الفضل بناءً على وجوب التسوية، وهو الفضل من حيث القدر وجعلوا الربا هو الفضل، وأفسدوا البيع بوجود هذا النوع من الفضل فيه مع وجوب التسوية. وعلة الحكم: الكيل مع الجنس في الأشياء الأربعة، والعلة في الذهب والفضة هي

---

(١) مختصر الطحاوي: ١٧٥، الأسرار: ٢/٧٣/أ، المبسوط: ١٣/١١٣، مختلف الرواية: ورقة ١٥٧/أ، البدائع: ٧/٣١٠٦، الهداية مع فتح القدير: ٧/٤.
هو رواية عن الإمام أحمد وهي أشهر الروايات.
ينظر: المغني: ٦/٥٥، المقنع: ٢/٦٥.
فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه، مطعومًا كان أو غير مطعوم كالحبوب والنورة، والقطن والحديد ونحو ذلك.
ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدودات.




الوزن مع الجنس فعلى هذا قالوا:

إن الأصل في هذه الأموال جواز البيع وصارت التسوية بين العوضين واجبة بالنص، وحرم الفضل قدرًا وهو حقيقة الربا، وعلته ما ذكرنا، وعند معرفة هذا سَهُل معرفة الفروع فإنهم قالوا [٨٣/ب] لا يجري الربا في قليل البر والشعير ويجري في الجص والنورة وما يشبه ذلك.

فأما دليلنا أن حكم النص ما ذكرنا: حديث عبادة بن الصامت وغيره من الرواة أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: (لا تبيعوا البرُّ بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا مثلًا بمثل يدًا بيد)(١)، وهذا نص في الحكم الذي بينا.

ويدل عليه: حديث معمر بن عبد الله(٢) أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا مثلًا بمثل»(٣)، وهذا تصريح بالحكم الذي ذكَرنا.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١٣/١١، مع النووي، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا.
والنسائي في سننه: ٢٤٠/٧، ٢٤١، ٢٤٢، باب بيع الشعير بالشعير.
وابن ماجة في سننه: ٧٥٧/٢، ٧٥٨، باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدًا بيد.
والدارمي في سننه: ٢٥٩/٢، باب في النهي عن الصرف.
والترمذي في سننه: ٢٤/٥ مع العارضة، باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل.
والدارقطني في سننه: ٢٤/٣.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٤.

(٢) معمر بن عبد الله بن نافع بن نضلة العدوي وهو ابن أبي معمر، صحابي كبير من مهاجرة الحبشة، روى له مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجة.
ينظر: التقريب: ص٣٤٤.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ٢٠/١١ مع النووي، باب بيع الطعام مثلًا بمثل.
وأحمد في مسنده: ٤٠٠/٦. =




وفي الخبر الثاني دليل على أن الطعم هو العلة؛ لأنه عليه السلام ذكر اسم الطعام في هذا الحكم وهو اسم مشتق من الطعم فيصير الطعم علة في الحكم المذكور مثل قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾[1] يكون الزنا علة.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[2] تكون السرقة علة، هكذا قاله الأصحاب.

والسؤال عليه قالوا: لم قلتم: إن الطعم يكون علة بذكر الطعام وأيش الدليل عليه؟ والشيء لا يصير علة للحكم إلا بدليل يدل عليه.

قالوا: والأسامي قد تكون مشتقة، وقد تكون غير مشتقة، والمراد من ذكر الاسم هو المسمى بذلك الاسم وقد صار مذكورًا وعرف حكمه. فإن الخبر ما ورد إلا لبيان الحكم؛ لأن قوله: «لا تبيعوا» لفظ بيان الحكم، فأما العلة فلها لفظ آخر وهو قوله: «أن» أو «لأن» أو «بأن»، مثل قوله - عليه السلام - في الهرّة: (إنها من الطوافين عليكم والطوافات)[3].

وقال الله تعالى في الخمر: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِي ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ﴾[4]، وأمثال هذا يكثر.

= والدارقطني في سننه: ٣/٢٤.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٣.

(١) سورة النور آية (٢).
(٢) سورة المائدة آية (٣٨).
(٣) رواه الدارقطني في سننه: ١/٧٠.
(٤) سورة المائدة آية (٩١).

وأما آية الزنا والسرقة فلم يصر الزنا والسرقة علة بذكر الزاني والسارق، أو لأنه اسم مشتق، إنما صار علة بدليل آخر، وهذا لأن العلة لا تكون علة إلا بوجود التأثير، وقد وجدنا التأثير في الزنا والسرقة لإيجاب العقوبة، والجناية مخيلة في إيجاب العقوبة، فبيّنوا تأثير الطعم في مسألتنا إن كان يعجبكم التعليل به ليكون علة، فأما بمجرد ذكره أو كونه اسمًا مشتقًا فلا يدل أنه علة، ألا ترى أن النبي ـ عليه السلام ـ: (نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان)[1] ولا يُصيّر الطعم علة، (ونهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)[2] ولم تصر الحيوانية علة.

۞ الجواب:

أن وجه الاستدلال بالخبر في أن الطعم علة ليس على ما ظننتموه، ولكن وجه ذلك: أن طلب الفوائد بالنصوص واجب، وكل فائدة يمكن استخراجها من لفظ من ألفاظ الشارع فإنه يجب استخراجها؛ وهذا لأنه عليه السلام بين بعض الأشياء بالتصريح وبعض الأشياء بالإشارة والتنبيه، والكلُّ فوائد الخطاب، وكما أن الحكم فائدة الخطاب فكذلك علة الحكم فائدة الخطاب، وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: أن النبي ـ عليه السلام ـ ذكر الطعام في هذا الحكم وخصّه، فينبغي أن يكون لهذا الذكر فائدة، ولا فائدة لتخصيصه بالذكر سوى التنبيه على الطعام بالطعمية، فإنا إذا لم نجعل الطعم علة لغت فائدة تخصيص

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٨، والبيهقي في سننه: ٥/٣١٦، وابن أبي شيبة في مصنفه: ٧/١٩٧، وابن عدي في الكامل: ٣/٨٨٦.

(٢) رواه أبو داود في سننه: ٣/٦٥٢ مع المعالم، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة. والنسائي في سننه: ٧/٢٥٧، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.



الطعام بالذكر.

يبينه: أنه لما جرى الربا في الحنطة والشعير والجص والنورة على مازعموا والبعض مطعوم والبعض غير مطعوم فأيش بقى فائدة ذكر الطعام؟ وهلا اقتصر على ذكر أسامي الأعلام من اسم البر والشعير وغيرهما.

فحين عدل في هذا الخبر من ذكر أسامي الأعلام إلى ذكر اسم عام مشتق وهو اسم الطعام دل أنه إنما عدل لزيادة فائدة، وهو أن يصير موضع الاشتقاق علة.

فإن قالوا: هذا كله تعلق بدليل الخطاب[1]، ودليل الخطاب عندنا ليس بحجة[2].

قلنا: عندنا هو حجة[3]، وإنما جعلناه حجة لنحتج به، فهو دليل في استثارة الأحكام ودليل في استثارة العلل، والوجه ما تقدم بيانه.

وقد ذكرنا بابين من هذا في موضع آخر، وجعلنا حرف الدليل وجود قوة الظن للسامع؛ ولهذا جعلناه دليلًا في وزن القياس ولم نجعله دليلًا نصًا، وتمام هذا في الأصول.

وأما ما تعلقوا به من الخبر في بيع الطعام وبيع الحيوان بالحيوان نسيئًا فإنّا لم نجعله علة لقيام الدليل على أنه ليس بعلة ثم ندل من حيث التأثير في أن الطعم علة فنقول:

---

(١) إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه. ينظر: اللمع صـ٢٥

(٢) ينظر: المغني للخبازي صـ ١٦٤.

(٣) ينظر: قواطع الأدلة ٢/٨.

قد ذكرنا حكم النص، والطعم معنى مؤثر في هذا الحكم ونعني «بالمعنى المؤثر» معنى يستخرج من أصلٍ في الشرع إذا عُرِضَ ذلك المعنى على أصول الشرع وقوانينه المعهودة يكون مخيلًا في الظنون أن الحكم بذلك المعنى، هذا هو العلة المؤثرة في جميع المواضع، فاعرفه فإنه عِلْقٌ نفيس، وإذا عرف هذا فنقول:

في مسألتنا الحكم هو [٨٥/أ] تحريم بيع المطعوم بالمطعوم على ما سبق ذكره[١].

وبيان تأثير الطعم في هذا الحكم هو: أن الطعم معنى في المحل يشعر بشرفه وعزته؛ لأن بالطعم قوام النفس الشريفة في العالم فيشرُف الطعام بشرف ما جُعِلَ قوامًا له، والأشياء في العالم بعضها شريفة خطيرة وبعضها تافهة خسيسة، وربما تكون التفاهة والعزة بالقدر، وربما تكون بالجنس، والطعام مما شَرُفَ جنسًا، وإذا ثبت له الشرف والخطر بهذا الوجه فوجب أن يظهر أمره في الشرع وليس ذلك إلا المنع من بيعه على الإطلاق على ما تكون سائر الأموال؛ وهذا لأن العقد ابتذال وامتهان، فتحريمه يتضمن إظهار شرف المحل وخطره، ولأنه لما كان القوام متعلقًا به حرم بيعه ليبقى مصونا مدخرًا إلى وقت الحاجة إلى القوام.

ونظير هذا الأبضاع، فإن الأصل فيها حرمة العقد[٢]؛ لأن قوام النسل في العالم بمنافع الأبضاع، فجعل الأصل فيها الحرمة ليظهر شرفها وخطرها

---

(١) ينظر: ص ٤٥.

(٢) ينظر: فتح الباري ٩/١٩٠.

في الشرع لصيانتها عن الابتذال والامتهان، كذلك ههنا.

ويمكن التحرير فيقال: نوع عقد اختص جوازه من بين نظائره بزيادة شرطين فوجب أن يكون معلولًا بوصفٍ في المحل يشعر بزيادة شرف وخطر له.

دليله: النكاح، ونعني «بالشرطين في الأصل» الولي والشهود، وفي الفرع المساواة كيلًا بكيل، ويدًا بيد، وعلى هذا الأصل عللنا جريان الربا في الذهب والفضة بالثمنية، أن وصف الثمنية مشعر بشرف المحل فإن الأثمان قوام الأموال على معنى إن المالية في الأشياء تعرف بالأثمان، وبالأموال قوام العالم، وربما يقال في المالية حياة هذه الأعيان والمالية بالأثمان وإنما لم يعلل الربا بأصل المالية؛ لأنه يؤدي إلى حرج عظيم على الناس من حيث إنه يصير أصل البيع محرمًا، ويصير باب طلب الفضل من البياعات مسدودًا إلّا عند عارض من دليل خلاص، وهذا فيه ضرر عظيم على الناس، ولأن الإجماع انعقد على أن التعليل بالمالية باطل[1].

ومَنْ زعم من أصحابنا أن ابن الماجشون[2] علّل بالمالية فهو خطأ وقع

---

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٣٠.

(٢) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون أبو مروان المدني الفقيه مفتي أهل المدينة صدوق له أغلاط في الحديث، من التاسعة، وكان رفيق الشافعي، مات سنة ٢١٣هـ.

روى له النسائي وابن ماجة وأبو داود في مسند مالك. ينظر: التقريب: ص٢١٩.

قال ابن رشد في البداية: ٢/١٣١: «إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال: علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال يريد منع العين».

ونسبه إليه الفخر الرازي في تفسيره: ٧/٩٤، وذكره ابن العربي المالكي في القبس: ٢/٧٧٩.

في التعاليق، واتبع بعضُ مَنْ لم يحكم أقاويل العلماء السَّواد فَنَقَلَه.

فأما مَنْ يعرف الإجماع والاختلاف وأقاويل العلماء فلم يعرف هذا القول أصلًا.

فثبت بما قلنا أن الطعم والثمنية علتان مؤثرتان في حكم النص وتبين أيضًا بهذا الأصل أن الجنس بانفراده ليس بعلة؛ لأنه لا يعرف له تأثير؛ لأن اتحاد العوضين في جنسية الطعم لا يعرف له تأثير زائد على أصل تأثير الطعم فبقي شرطًا محضًا أو محلًا، وعلى هذا نقول: لا يكون بانفراده علة في تحريم الربا بجهةٍ ما لا بجهة التعدية ولا بجهة النَّسَأ، وأما التخليص عن هذا التحريم بوجود الكيل بالكيل واليد باليد فمحض نص، ولم يُنتصب لطلب علته وإنما انتصب العلماء لطلب علة الربا.

والذي قلناه غاية الإمكان، وهو طريق سديد قوي يمكن تمشيته وسنذكر وجه كلامهم على هذه الطريقة في حجتهم.

وحين تبين حكم النص وعلته ظهر جريان الربا في الحبات والحفنات وجريانه في الفواكه وسقوط جريانه في الجص والنورة، وكذلك سقط جريانه في الحديد والرصاص وما يشبهه.

وأما الأصحاب تعلقوا في هذه المسائل بوجوه تَرِدُ في ترجيح علة الطعم على علة الكيل، ولعلةٍ تقع الإشارة إلى بعضها في حجتهم ونذكر وجه كلامهم عليه.

ولستُ أرى في دلائل الترجيح معتمداً، وإنما ينبغي أن يكون الكلام

في الدليل على صحة علة الطعم إما بدليل خطاب أو بتأثير معنوي وليس وجه ذلك إلّا ما سبق بيانه.

وإنما يصار إلى الترجيح في علتين قد قام الدليل على صحتهما، ولم يصح التعليل إلّا بأحدهما لمضادة في الحكم يقع عند الجمع بينهما، فأما أن يصار إلى الترجيح وبما وقع بعد الدليل على صحة العلة الطعم فهذا في غاية البعد.

وقد ظن بعضهم أنه قد أصاب دليلًا معنويًا في صحة علة الطعم فقال: قد ثبت انتفاء ربا التفاضل في الجنسين إذا اختلفا، ونحن نعلم أن جريان الكيل في الجنسين بمثابة جريانه في الجنس الواحد فإذا اختلف حكم الربا باختلاف الجنس والكيل لا يختلف، دل ذلك دلالة ظاهرة على أن المتبع في إثبات الربا في الجنس الواحد اتحاد العوض. والمرعي في نفي الربا اختلاف العوض وهذا لائح لا خفاء به، فيجب تعليل الربا بما هو الغرض في الجنس والمقصود، ومعلوم أن البُرَّ لا يُقْتنى ليكال ويوزن، وإنما يُقتنى ليؤكل ويطعم، وهذا الكلام الذي قاله هذا القائل ليس بدليل معنوي على صحة علة الطعم إنما هو إشارة [٨٥/ب] إلى ترجيح علة الطعم؛ لأن غاية كلامه إن الطعم معنى، هو الغرض والمقصود من العين بل خُلقت العين لأجله، والكيل ليس بمثابته بل هو مجرد معيار كالعدّ والذّرع، ولكن من أين قال هذا القائل: إن الطعم لما كان هو الغرض من العين وجب أن يكون هو العلة؟ ولابد من إظهار تأثير له في الحكم الذي طلب له العلة على ما سبق في شرح التأثير، فإما أن يكون خفي على هذا القائل الحكم الذي يطلب له العلة، أو خفي عليه وجه التأثير. [والفقه صعب مرامه شديد مراسه لا يعطي

المقادة لكل أحد، ولا ينساق لكل طالب، ولا يلين في كل حديد بل لا يذل جانبه إلّا لمن أُيِّد بنور من الله في بصره وبصيرته ولطف منته في عقده وسريرته، وعندي أنّ الفقه أولى بهذا النظم من النحو حيث قال قائلهم[1]:

النحو صعب وطويل سلمه
إذا ارتقى فيه الذي لا يعلمه
زلّ إلى الحضيض منه قدمه][2]

مضى هذا الكلام بما فيه، وليس يتصور في بيان التأثير لعلة الطعم في حكم النص سوى الوجه الذي قلنا، والله المعين على تمشيته بلطفه وتيسيره وقوته.

۞ وأما حجتهم:

تعلقوا بقوله - ﷺ - في رواية أبي سعيد الخدري (الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل)[3].

وفي الرواية الثانية معناه: «مثلٌ بمثل»، فمعنى الأول بيعوا الحنطة مثلًا بمثل، ومعنى الثاني بيع الحنطة مثلٌ بمثل أي هو المشروع والجائز فدلت الروايتان أن حكم النص هو إيجاد التسوية بين البدلين كيلًا بكيل وعين بعين؛ لأن معنى اليد باليد هو العين بالعين على ما سنذكر في مسألة التقابض.

---

(١) يروي هذا الرجز للحطيئة. ينظر: ديوانه ص٢٩١.
والأصل فيه التمدح بالشعر لا بالنحو...
ففي الديوان: الشعر صعب...

(٢) ما بين القوسين استشهد به السبكي في الطبقات ٥/٣٤٥.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ١١/١٥ مع النووي، باب الربا.




قالوا: وأما الخبر الذي رويتم: «لا تبيعوا البر بالبر» فهو على هذا المعنى أيضًا ؛ لأنه قد قال: «إلّا مثلًا بمثل» فكأنه قال: بيعوا مثلًا بمثل ، وهذا مثل قوله ـ عليه السلام ـ: «لا نكاح إلا بشهود»[١] معناه أنكحوا بشهودٍ.

وكذلك قوله: «لا صلاة إلا بطهور»[٢].

و«لا صلاة إلا بقراءة»[٣] ، أي: صلوا بطهارة وبقراءة فثبت أن حكم النص هو ما قدمنا.

وأما قوله ـ عليه السلام ـ: «والفضل ربا»[٤] فمعنى الفضل هو الفضل في القدر ؛ لأنه بناه على إيجاب المماثلة كيلًا ، والفضل المبتنى على وجوب المماثلة كيلًا لا يتصور إلا الفضل من حيث الكيل. ووجه ابتنائه عليه: أنه يظهر عند زوال المماثلة كيلًا ، وعند زوال المماثلة كيلًا لا يظهر إلّا الفضل كيلًا ، فثبت حكم النص على هذا الوجه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن اسم الحنطة والبر يتناول القليل والكثير فوجب أن يجري الربا في الكل ؛ وذلك لأن الخبر ما يتناول إلّا الكثير ؛ لأنه

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب بهذا اللفظ» ، وفي الباب أحاديث: منها ما رواه ابن حبان عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» ١٦٧/٣.

(٢) قال ابن حجر في التلخيص: «لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ ، نعم ، روى الترمذي من حديث ابن عمر: (لا يقبل صلاة إلا بطهور) وأصله في صحيح مسلم بلفظ: (لا يقبل صلاة بغير طهور...) ١٢٩/١.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ١٠٤/٤ ، مع النووي ، باب قراءة الفاتحة في كل ركعة.
وأحمد في المسند: ٣٠٨/٢ ، ٤٤٣ ، والبيهقي في سننه: ١٩٣/٢.

(٤) لم أجده بهذا اللفظ.

قال مثلا بمثل ومعناه كيلًا بكيل فلا يتصور إيجاب المماثلة كيلًا إلّا في مكيل، والقليل ليس بمكيل؛ لأن المكيل ما يدخل تحت الكيل، والقليل لا يدخل تحت الكيل، فإن الكيل إما أن يعتبر مشروعًا أو معهودًا في العرف وأيّهما اعتبرنا لا يتصور في القليل. وأما الكيل بالمملحة وما يشبهها باطل؛ لأنه ليس بمشروع ولا معهود، بل هو سفه وعبث، ولهذا لو باع بها مكايلة لا يجوز، ولو أتلفه لا يجب المثل بل تجب القيمة، فصار الجملة عندهم: أن المكيل هو ما يدخل تحت المكيال المعهود أو المشروع أو يعرف له نسبة من المكيال المشروع أو المعهود.

يبينه: أن الخبر ورد في بيع الحنطة، والحنطة ما صارت محلًا للبيع باسمها وصورتها فإن محل البيع بالمالية، والحبة والحبتان من الحنطة ليس بمال وإن كان بُرًّا وحنطة، ولهذا لا يجب على مَنْ أتلفها شيء ولا تصح الدعوى فيها عند الحكام، ولا بيعها وتوجد ملقاة في الطريق لا يرغب أحد في أخذها مثل الكف من التراب والشربة من ماء النهر على شفير النهر، فدل أن البُرّ ليس بمال لعينه، وإنما يصير مالًا عند كثرته واجتماع الحبات الكثيرة منه، والكثرة ليس لها حد معلوم فيراجع فيه الشرع، وذلك بأن يصير بحيث يدخل تحت المكيال الشرعي فظهر بما ذكرنا أن الخبر ما تناول القليل أصلًا.

قالوا: وأما قول مَنْ قال من أصحابكم إن قوله ـ عليه السلام ـ: «لا تبيعوا البُرّ بالبُرّ» عام، بلى أن لو اقتصر عليه، فأما عند اتصال قوله: «إلا مثلا بمثل» به تبين أن المراد ليس إلا المكيل منه. قالوا: وبهذا نعترض على قول مَنْ قال منكم: إن علة الكيل تخص أصلها فإنه ليس كذلك؛ لأن الأصل ما تناول إلّا

المكيل وهو الكثير على ما سبق ، فتكون العلة حافظة لأصلها ، لا أنها مضيعة أو مخصصة لأصلها.

قالوا: ويتبين بما قلنا أن الأصل في الأشياء الستة جواز [٨٦/أ] البيع بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾[١] ، ولأن هذا الخبر تضمن شرط زيادة على ما يعتبر في سائر البياعات وهو وجوب المماثلة ، ثم إذا تماثلا جاز البيع لا بعلة الكيل بل بأصل إباحة البيع.

واعترضوا بهذا على قول مَنْ قال من أصحابنا: إن الكيل علة في إباحة البيع ، فكيف يكون علة في تحريمه؟ لأنهم يقولون علة الإباحة عند المساواة ليس هو الكيل ، بل إنما جاز ؛ لأن الأصل جواز البيع في الأموال بقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾[٢] وبالسُّنة الواردة في ذلك.

واستدلوا: في أنه لا يجوز أن يكون الأصل هو حظر البيع في هذه الأموال ؛ لأنها أموال والأموال خُلِقَتْ في الأصل لتكون بذلة ومهنة لبني آدم سواء كانت مطعومة أو غير مطعومة فكأن الأصل في الكل جواز التصرف من غير تفصيل ولا تخصيص ، ولهذا المعنى صح البذل والإباحة في الكل ، وكذلك صح بيع المطعومات وشراؤها بغير جنسها مثل ما يجوز في سائر الأموال.

قالوا: وأما الأبضاع فمفارقة لمسألتنا ؛ لأن البُضع جزء من الآدمي لم يخلق ليكون محلًا للعقود ومبتذلًا بالتمول والتملك. وإنما جاز العقد على

(١) سورة البقرة آية (٢٧٥).

(٢) سورة البقرة آية: (٢٧٥).

البُضع لعارض دليلٍ من حاجة الناس إلى التوالد والتناسل فلما كان الأصل فيها الحرمة وإنما أُبيح بعقد مخصوصٍ بشرطٍ مخصوصٍ لم يحل لغيره.

وأما التعلق بشرف المحل في إثبات الحظرية فلا يجوز، لأن شرف المحل إن كان يدل على حظرية فينبغي أن يدل على حظرية البذل والإباحة لا على طريق العقد كالبُضع على أنكم جعلتم الشرف لما يتعلق به من القوام، وهذا إن أشعر بشيء فإنما يُشعر بشدة الحاجة إليه، وشدة الحاجة تدل على الإباحة ولا تدل على الحظر؛ لأن البياعات إنما شرعت للحاجات فإذا كثرت الحاجة فتكون المشروعية فيه أكثر وأظهر.

وأما البُضع فلم تكن الحرمة فيه لما قلتم من شرف المحل وإنما كان بالوجه الذي قلنا، فبطل أن يكون حكم النص ما قلتم بالوجه الذي ذكرنا وبقي أن يكون حكم النص هو ما قلنا والتعلق بالخبر فيه ظاهر على ما سبق ذكره.

وأما التعلق بالمعقول هو أن هذه الأشياء أمثال متساوية قطعًا؛ لأن الحنطة مثل الحنطة والشعير مثل الشعير... إلى آخره، والفضل الخالي عن العوض حرام في البياعات؛ لأن البيع لما شرع لطلب المال بعوض فإذا تعلق به وجوب فضل يخلو عن العوض فيكون إيجابه وإثباته في البيع تغيير قضية البيع والبيع يفسد بتغيير قضيته.

ألا ترى أنه لو شرط مثل هذا في سائر البيوع بأن قال: «بعتك هذا العبد بهذه الجارية وهذا الثوب»، على أن لا يكون بإزائه شيء من العبد فإنه يفسد العقد، فثبت أن الفضل الخالي عن العوض حرام.

وإذا عرف هذا فنقول: «الشرع أوجب المماثلة في الأشياء الستة ؛ لأنها أمثال متساوية ، وحرم الفضل الخالي عن العوض فأوجب المماثلة احترازًا عن الفضل الخالي عن العوض.

وبيان هذا: أن هذه الأشياء لما كانت أمثالًا بنفسها وعينها وقعت المماثلة بينها بنفس المقابلة ، وإذا حصلت المماثلة بنفس المقابلة بيعًا ظهر الفضل الخالي عن العوض كالخيطين والخشبتين إذا قوبل أحدهما بالآخر وأحدهما أطول من صاحبه ظهر الفضل الخالي عن المقابل ، كذلك هاهنا يظهر الفضل الخالي عن العوض بالمقابلة بيعًا ، وصورة هذا وهو أنه إذا باع صاعًا بصاعين صار الصاع بالصاع وجعل الصاع الثاني فضلًا لا يقابله شيء من العوض فصار كما لو شرط في المسألة التي قدمنا ذكرها ، إلا أن هناك يحتاج إلى الشرط بخلاف مسألتنا ؛ لأن تلك الأموال ليست بأمثال متساوية وإنما تعرف المماثلة بالقيمة ، والتقويم ساقط في البيع ؛ لأن البيع يتناول عينًا متقومة لا التقويم وإذا سقط التقويم لم يظهر الفضل الخالي عن العوض إلا بالشرط ، وأما في مسألتنا فالأموال بنفسها أمثال فيظهر الفضل الخالي عن العوض بنفس المقابلة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن فضل الجودة يوجد وهو خالٍ عن العوض على زعمكم هذا لا يصح ؛ وذلك لأن فضل الجودة ساقط نصًا وحكمًا.

أما النص: فقوله ـ عليه السلام ـ في بعض الأخبار: «جيدها ورديئها سواء»[1].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية: غريب: ٤/٣٧.
وقال ابن حجر في الدراية: لم أجده ، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد ٢/١٥٦.

ولأنه لو اشترى أو باع صاعًا جيدًا بصاع رديء جاز وسقط فضل الجودة، وصار كالعدم.

والملخص من كلامهم: أنه لما سقط فضل المالية من حيث الجودة بنص الشارع صارت المالية مقصورة على الذات، وقد وُجدَ التساوي من حيث الذات في الصاع بالصاع فظهر الفضل الخالي عن العوض وهو الربا المحرم.

قالوا: وليس يختص عندنا بهذه الأموال بل في أيّ [٨٦/ب] موضعٍ يوجد كان حرامًا، وتبين بهذا أن المحرم ليس هو الفضل المطلق؛ لأن تحريم الفضل المطلق يؤدي إلى تغيير وضع الشرع في البياعات، فإن الله تعالى أحل البيع لطلب الفضل فقال: ﴿وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾(١) فإذا حرّمنا الفضل مطلقًا غيّرنا وضع الشرع في البياعات.

يبينه: أنه إذا لم يطلب الفضل يكون بيع الشيء بمثله عبثًا ولعبًا.

فثبت أن المحرّم هو الفضل من حيث القدر لا الفضل المطلق، ولهذا لم تحرم الجودة؛ لأنه ليس بفضل من حيث القدر.

قالوا: وإذا ثبت هذه القواعد جئنا إلى الكيل والجنس فنقول: الكيل هو المعنى المؤثر في حكم النص؛ لأن حكم النص لما كان هو وجوب التسوية، والكيل والجنس هما المؤثران في التسوية؛ لأن بالكيل توجد المساواة قدرًا، وبالجنس توجد المساواة ذاتًا ومعنىً، فلا يبقى بعد ذلك إلا الفضل من حيث

(١) سورة الجمعة آية (١٠).




الجودة وهو ساقط بالشرع وإذا كان الكيل والجنس هما المؤثران صارا علتين.

وأما تحريم الفضل قالوا: علته هو الكيل مع الجنس بواسطة وجوب المماثلة مثل شراء القريب علة العتق بواسطة الملك، كذلك الكيل مع الجنس علة تحريم الفضل بواسطة إيجاب المماثلة، فإن الكيل والجنس مؤثران في إيجاب المماثلة في الأموال التي هي أجناس متماثلة ثم إيجاب المماثلة مؤثر في تحريم الفضل على ما سبق بيانه.

فصح قولنا «إن الكيل والجنس مؤثران في تحريم الفضل بواسطة إيجاب المماثلة». وظهر بهذا الأصل جريان الربا في الجص والنورة وما يشبهها لكونها أمثالًا متساوية، ولأجل وجود الفضل الخالي عن العوض فيها وبالطريق الذي قلنا يظهر أيضًا عدم جريانه في الفواكه والحبات والحفنات؛ لأنها ليست بأمثال متساوية المالية، ولأنه لم يدل الدليل على سقوط قيمة الجودة في هذه المحال بخلاف مسألتنا.

قالوا: وكذلك الكلام في الذهب والفضة وتعليلهما بالوزن؛ لأن الوزن في الموزونات مثل الكيل في المكيلات، وسقط اعتبار الجودة أيضًا فيهما بالشرع، وأيضًا لما أوجب الشرع أن يبيع مثلا بمثل ولا يسقط اعتبار الجودة، لم يتصور وجود البيع مثلا بمثل فيؤدي إلى تكليف ما ليس في الوسع وهو باطل فسقط اعتبار كل فضلٍ سوى القدر حتى لا يؤدي إلى هذه الخُطة الشنعاء.

قالوا: وأما التعليل بالثمنية فباطل؛ لأنها علة غير متعدية، وشرط التعليل التعدي، فإن محل النص مستغنٍ عن التعليل بالنص فلم يكن التعليل




إلّا للتعدية فقط، ودليلهم المعتمد أن غير المتعدية لا يكون علة هو أن القياس حجة شرعية عملية لا علمية فإذا لم يتعد لم يكن لها عمل، والعلم لا يحصل به أصلًا فيكون لغوًا عبثًا من هذا الطريق.

قالوا: ولا يجوز أن يكون عمله في حكم الأصل؛ لأن الأصل مستغن عن التعليل بالنص؛ وهذا لأن النص بنفسه كافٍ في إثبات هذا الحكم فكيف يشتغل بما فوق الكفاية؟ ولا يجوز أن يكون التعليل لمعرفة المعنى؛ لأن المعنى إذا لم يكن الحكم مبتنيًا عليه لا يكون علة، بل يكون حِكمة، والحِكمة فائدة علمية لا عملية والعلم ساقط كما سبق ذكره.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن المجتهد يطلق له الاجتهاد ولا يدري أنه يصيب علة متعدية أو غير متعدية، فيكون الكل علة صحيحة؛ لأن هذا إنما يكون حجة أن لو عرف أن المجتهد لا يصيب إلّا علة صحيحة، فأما إذا كان يجوز أن يصيب علة صحيحة، وأما إذا كان يجوز أن يصيب علة فاسدة فلا دليل في هذا الكلام؛ لأنا نقول يجتهد فإن أصاب علة متعدية فيكون قد أصاب علة صحيحة وإن أصاب علة غير متعدية فيكون قد أصاب علة فاسدة فمثل هذه الحجة الرذلة[1] إنما تروج على الأغنام ولا تصدر إلّا ممن ليس له علم ولا دِراية إلّا بظواهر المجادلات[2].

قالوا: وليس يدخل على علة الوزن الأواني المعدودة؛ لأنه لم يوجد

---

(١) رذل: الشيء رذاله ورذوله بمعني ردؤ فهو رذل وهو الرديء من كل شيء.
ينظر: المصباح ص٢٢٥، القاموس ٣/٣٩٥ مادة رذل. والمقصود أن هذه حجة ردئية.

(٢) هذا من المؤلف: فيه حدة وشدة على المخالف وما كان للمؤلف رحمه الله أن ينزل الى مثل هذه الألفاظ.

الوزن ولا يجري الربا بعلة الوزن إلّا بعدم وجود الوزن.

قالوا: وأما خواتم الذهب التي تعدّ عدًّا والأواني من الذهب والفضة إذا كانت تعدّ ولا توزن فإنما جرى الربا فيها؛ لأن من مذهبنا أن عمل علة الوزن أو الكيل في الفروع، فأما في الأصل فيجري فيه الربا بالنص لا بالعلة، والنص متناول للذهب والفضة فكل ما هو ذهب وفضة سواء كان يوزن أو لا يوزن يجري فيه الربا.

قالوا: ويخرج على ما قلنا أن الجنس بانفراده يحرم النَّسَأ؛ لأنه قد قام الدليل أن عمل الجنس والكيل في حكم النص على وجهٍ واحدٍ وقد سبق شرح هذا، ثم الكيل بانفراده يستقل بتحريم النَّسَأ، فكذلك [٨٧/أ] الجنس وقد قال النبي ـ ﷺ ـ: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد)(١) فأسقط ربا الفضل بسقوط أحد وصفي العلة وهو الجنس وأبقى ربا النَّسَأ ببقاء الوصف الآخر، فكذلك يسقط ربا الفضل بسقوط أحد الوصفين وهو الكيل ويبقى ربا النَّسَأ ببقاء الوصف الآخر وهو الجنس، وصار الفضل المحرم في هذه الصورة هو الفضل من حيث التقدير؛ وهذا لأن ربا النَّسَأ أهم من ربا النقد لإجماع الأمة فيه، ولأن تعامل الناس به أكثر، وأما التعامل بربا النقد يندر جدًّا، فجاء المشرع فيه بمزيد احتياطٍ ومبالغةٍ فأجراه بوصفٍ واحدٍ ووقع الاكتفاء به عن الوصفين.

وحرفهم: إن المماثلة كَيلًا تسقط بالشرع فبقى وجوب المماثلة من وجهٍ

---

(١) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده بهذا اللفظ والذي وجدته في حديث عبادة بن الصامت في الأشياء الربوية: فإذا اختلفت هذه الأصناف بيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»: ١٤٧/٢.
وقد روى حديث عبادة بهذا اللفظ مسلم في صحيحه: ١٤/١١ مع النووي باب الربا.




وهو الغيبية ليقع الاحتراز عن الفضل الخالي عن العوض من وجهٍ وهو الفضل نقدًا، وكما أن في المسألة الأولى صارت المالية مقصورة على الذات، فكذلك هاهنا صارت المالية مردودة مقصورة على الغيبية ويظهر باعتباره الفضل ويحرم بالطريق الذي سبق ذكره.

قالوا: وأما إذا أسلم الموزون في الموزون لا يجوز إذا كانا ثمنين أو مثمنين، أما إذا كان أحدهما ثمنا والآخر مُثمنًا إنما جاز للإجماع فيكون ذهابًا إلى تخصيص العلة.

وقد قال بعضهم: بجوازه، وإنما يكون جوازه؛ لأن أحدهما ثمن والآخر مُثمن، والوزن في الثمن يخالف الوزن في المُثمن؛ لأنه يشبه الكيل، ألا ترى أنه لو باع الدراهم موازنة يجوز التصرف فيها قبل إعادة الوزن بخلاف المكيلات.

ويدل عليه: أنه لو أسلم الدراهم بوزن كذا في حنطةٍ كذا بكيلٍ كذا فدفع إليه الدراهم، وقال: «هي على وزن المُسمى» يجوز أن يصدقه ويتصرف فيه ولا يعيد الوزن، وبمثله لو أن المسلم إليه جاء بالحنطة وقال: هي على كيل كذا فصدّقه ولم يُعِدِ الكيل لا يجوز، فثبت أن الوزن في الأثمان يشبه الكيل فصار كما لو أسلم موزونًا في مكيلٍ، فبهذا الطريق جوّزنا، ولم يدل جوازه على أن الوزن ليس بعلة.

قالوا: وأما الهروي[1] بالمروي[2] جنسان مختلفان لاختلاف الصنعة

---

(١) الهروي ـ بفتح الهاء والراء نسبته إلى هراه وهي إحدى مدن خراسان الكبار.
ينظر: وفيات الأعيان ١/٩٦.

(٢) المروي: نسبة إلى مدينة مرو ـ بفتح أوله وإسكان ثانيه ويقال لها مرو الشاهجان من مدن=




ولو ثبت أنهما جنس واحد فإنما يجري الربا فيها.

هذا جملة كلامهم في هذه المسائل.

❁ **الجواب:**

أما الخبر الذي تعلقوا به، فنحن قائلون به؛ لأنه يتضمن جواز البيع إذا وجدت المماثلة كيلًا وهو بعض ما يتناوله الخبر الذي تعلقنا به، ويجوز أن يقال إن خبر أبي سعيد الخدري تضمن جواز البيع عند المماثلة صريحًا وتضمن تحريم البيع عند عدم المماثلة ضمنًا؛ وهذا لأن مضمون الأخبار واحد لا يختلف وقد تضمنت حكمين: أحدهما: التحريم عند مقابلة هذه الأشياء بعضها ببعض، والآخر: الإباحة عند وجود شرطها وهو المماثلة كيلًا.

وقولهم: «إن الخبر دل أن حكم النص وجوب المماثلة».

قلنا: هو بعض حكم النص وتمامه ما ذكرنا.

وهذا لأن قوله ﷺ: (لا تبيعوا البُرّ بالبُرّ)[1] كلام تام معقول المعنى، والمراد بقوله: (مثلًا بمثل)[2] لا يوجب تغييره إلّا بقدر ما تدعو الضرورة إليه وهو إثبات جواز العقد عند المماثلة.

فأما إسقاط حكم التحريم الذي تناوله أول الخبر فلا دليل على سقوطه

= خراسان فيقال مروزي لبني ادم وأما المتاع والثياب فيقال مروى.
ينظر: معجم ما استعجم ٢/١٢١٦، وفيات الأعيان ١/٢٧.

(١) تقدم تخريجه في صـ٤٩.

(٢) تقدم تخريجه في صـ٥٠.

وهو نظير قوله ﷺ: (لا يحل دم امرئ مسلم إلّا بإحدى ثلاث...)[1] الخبر.

وقد تضمن الخبر شيئين تحريم دم المسلم على الإطلاق ثم تحليله على وجود إحدى هذه الجنايات الثلاث، وهذا الخبر مثل الخبر الذي رويناه سواء.

وأما قوله ﷺ: (لا صلاة إلا بقراءة)[2] و (لا صلاة إلا بطهور)[3] (ولا نكاح إلّا بشهود)[4] فنحن لا ننكر أن يكون مثل هذا الخبر يتناول حكمًا واحدًا لقيام الدليل عليه، فأما إذا لم يقم الدليل عليه وأمكن استفادة حكمين من الخبر على ما دل عليه ظاهره فلا يترك له.

وأما الاستثناء المذكور فهو استثناء منقطع بمعنى: «لكن» وهو مثل قوله تعالى: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا ۝ إِلَّا قِيلًا سَلَٰمًا سَلَٰمًا﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿... إِلَّا خَطَـًٔا...﴾[6].

فإن قالوا: «هذا مجاز».

قلنا: يعدل إليه حتى لا يسقط معنى الخبر الذي عرفناه وفهمناه في أوله

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٢٠١/١٢ مع الفتح باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾.
ومسلم في صحيحه: ١٦٤/١١ مع النووي، باب يباح به دم المسلم.
وينظر: تخريجه: ٣٧٥/١ من الاصطلام.

(٢) تقدم تخريجه في ص٥٤.

(٣) تقدم تخريجه في ص٥٤.

(٤) تقدم تخريجه في ص٥٤.

(٥) سورة الواقعة آية (٢٥، ٢٦).

(٦) سورة النساء آية (٩٢) جزء من آية.

وابتدائه ولا يبقى أيضا على عمومه في القليل والكثير وإذا كان «إلّا» لمعنى «لكن» لم يتغير الحكم الثابت بأول الخطاب به بل هو استئناف حكم آخر عند وجود المماثلة سوى ما سبق.

وأما قولهم: «إن البر لم يصر محلًا للبيع باسمه وصورته».

قلنا: البر مال قليله وكثيره، وكيف لا يكون مالًا؟

وقد اختلف [٨٧/ب] العلماء في بيع الحفنات والحبّات منه ولا يوجد هذا الاختلاف إلّا بعد الاتفاق على كونه مالًا.

يبينه: أن الخبر تضمن ما يباع من البُرّ على العموم وما يباع من البُرّ لا يكون إلا مالًا فالخبر لم يتضمن إلا بُرًّا يباع قلّ منه أو كثر.

والعجب أن قائل هذا الكلام كيف خفي عليه هذا الذي قلناه مع ظهوره ووضوحه؟ وأقل ما يُظنُّ به كبوة الجواد وعثرته وهفوة العالم وزلته.

واعلم أن على هذا الطريق الذي قلناه لم يحتج إلى أن يُدّعى أن الحفنات والحبات مكيلة بل صار جملة الكلام أن أول الخبر تناول تحريمًا على العموم في كل ما هو بُرّ، وأما التحليل المذكور في آخره تناول المكيل منه واستقام هذا لأن الاستثناء بمعنى استئناف كلام على وجه المجاز لا على الحقيقة، الاستثناء الذي هو استخراج بعض ما تناوله اللفظ الأول إلى هذا الموضع، انتهى الكلام في الظواهر.

وأما الذي قالوا: إنه لا يجوز أن يكون الأصل في المطعوم تحريم البيع لأنه مال.

قلنا: هو وإن كان مالًا إلّا أن المال والمال يجوز أن يختلف في الحكم، والعبرة بما يدل عليه الدليل؛ وهذا لأن الله خلق الأموال لمنافع بني آدم، ونحن وإن جعلنا الحظرية أصلًا في المطعومات لكن لم نغلق باب الانتفاع بها ولا نمنع التوصل إليها بوجوه كثيرة من شرائها بغير جنسها، ومن الوصول إليها بوجه الهبات والعطايا والصدقات، ولكن حظرنا البيع ليظهر حكم شرفه وخطره في الشرع ونقول على البذل والإباحة إنه من جملة المعروف في الشرع فكيف نمنع منه؟ وهذا لأن المعروف مأمور به فلا يليق به المنع.

وأما في الأبضاع فإنما مُنِعَ فيها البذل والإباحة ولم تحل إلّا بعقد واحدٍ صيانةً للأنساب عن المفاسد على ما عرف في غير هذا الموضع.

وأما إذا باع المطعوم بغير جنسه فلا يكون مثل مالو باعه بجنسه؛ لأن بيعه بغير جنسه يدل على الغُنية عنه وبيعه بجنسه يدل على الحاجة إليه، فيجوز أن يكون الأصل هو الحظر عند الحاجة إليه ليبقى له مُدّخرًا إلى وقت الحاجة ويباح بيعه بغيره جنسه لاستغنائه عنه، ويمكن أن يقال يباح شراؤه بغير جنسه لحاجته إليه ولا يباح شراؤه بجنسه لعدم حاجته إليه، فإن ألزموا علة القوت على ما ذكرنا من تعلق القوام به وإظهار خطره وشرفه من هذا الوجه فليس يلزم؛ لأن النص قد دل على بطلان علة القوت فإنه ﷺ نص على الملح، وليس بقوتٍ لأنه مطعوم.

وأما قولهم: «إن تعلق القوام بالطعام يدل على شدة الحاجة إليه وشدة الحاجة تدل على الإباحة».

قلنا: هذا يدخل عليه فصل الأبضاع، وعلى أن هذا إنما يلزم أن لو لم




يفتح طريقًا للوصول إليه فأما مع وجود جهات كثيرة للوصول إلى المطعومات واندفاع الحاجة بها فليس يدخل على هذا الكلام.

وأما الجواب على الذي تعلقوا به من المعنى:

فهو بناء على أن حكم النص هو إيجاب المماثلة، وقد بينا أنه ليس هذا هو حكم النص، إنما حكم النص ما قدمنا ثم يقال لهم: الكلام في علة الربا وإيجاب المماثلة لا يكون ربا حتى يكون بيان علته كلامًا في علة الربا.

فإن قالوا: إن إيجاب المماثلة يؤدي إلى الربا فإنه يظهر به الفضل الخالي عن العوض.

قلنا: حرمة الفضل الخالي عن العوض عندكم بناءً على وجوب التسوية والمماثلة وهو الأصل في حكم هذه النصوص على ما زعمتم، فتكون هذه الأخبار واردة لبيان هذا الحكم إذًا الأخبار وردت في بيان الربا بإجماع الأمة، وإيجاب المماثلة ليس بربا فيكون قد وضع في هذه الأخبار أصلًا يأباه الإجماع.

وعلى أنا نقول الفضل الخالي عن العوض لا يتصور في العقود أصلًا، وكذلك وجود المماثلة بين المالين من كل وجه غير متصور أصلًا، أما الأول فلأن العوض في العقود يجعل المتعاقدين فيهما إذا جعلا الصاع بالصاعين فأين خلو أحد الصاعين من العوض؟، ولهذا عندهم ينعقد البيع على الصاع بالصاعين ويكون بيعًا فاسدًا بوصفه لا بأصله على ما عرف من أصولهم[1]،

(١) ينظر: المغني ٦/٧٦.

وكذلك في الدرهم بالدرهمين، ولو خلا أحد الصاعين عن العوض لم يتصور انعقاد العقد عليه، ولا يبقى لهم مع هذا متنفس أصلًا.

والدليل على أن المعتبر جعل المتعاقدين وجعلهما كذلك هاهنا.

وأما قولنا: «إن المماثلة من كل وجه لا يتصور»: فإن فضل المالية يوجد لأحدهما على الآخر وإن قلّ ويتصور في فضل الجودة.

وقولهم: «إن الجودة ساقط الاعتبار».

قلنا: المالية المتحققة كيف يسقط اعتبارها [٨٨/أ] ولو جاز أن يسقط اعتبار هذا الفضل ويجعل كالعدم، جاز أن يسقط اعتبار فضل القدر ويجعل كالعدم.

وأما الخبر فليس فيه أكثر من أنه إذا تساويا كيلًا حَلّ الفضل المحرم من قبل ويجوز أن يحرم شيء ثم يحل بسبب من قبل الشرع، ويقال لهم أيضًا: إن سقط فضل الجودة لسقط نصا غير معقول المعنى فلا ينبغي أن يتعدى إلى الجص والنورة بل ينبغي أن يلزم محل النص ولا يتعدى إلى غيره وهذا حرف معتمد، وعلى أن الأصل الذي قالوه ينتقض بالعدديات المماثلة فإنه لو باع منه اثنين بواحد فإنه يجوز، وهي أموال متماثلة بدليل أنه لو أتلف بيضة أو جوزة لم يجب إلّا المثل ولا ينظر: إلى الصغر والكبر فيلزم على هذا الفضل الخالي عن العوض الذي اعتمدوه فإنه قد وجد ههنا ولم يحرم.

ثم يقال لهم هَبْ أن حكم النص ما قلتم، ومن أين لكم أن العلة هي الكيل مع الجنس؟ والذي قالوا: إنهما يُظْهِرَا المماثلة.



قلنا: إذا كان الربا هو الفضل الخالي عن العوض لا وجود المماثلة فيكون الكيل والجنس علة علة الربا لا العلة، وتسمية علة العلة علة مجاز، ولأن الحرمة قد تظهر بالشيء ولا تكون علة للحرمة كالأجل تظهر به حرمة النَّسَأ ولا يكون علة الحرمة هذا مجموع الكلام في أصل المسألة.

وأما الكلام على علة الأثمان فقد ذكرنا وجهه.

وقولهم: «إن غير المتعدية فلا يكون علة».

قلنا: «العلة ما دل الدليل على صحتها سواء تعدّت أو لا، وإنما التعدي ثاني الصحة والذي قالوا: إن علل الشرع عملية».

قلنا: «العمل قد وجد في الأصل».

فإن قالوا: الحكم في الأصل لا يثبت بالعلة.

قلنا: بل يثبت؛ لأنه مالم يثبت الحكم في الأصل بالعلة لا يتصور تعديتها.

وقولهم: «إن العلة في الأصل مستغنى عنها».

قلنا: يجوز أن يثبت الحكم بالكتاب والسنة وإن وقع الاستغناء عن أحدهما وكذا يجوز لعلتين وإن وقعت الغُنية بأحدهما عن الأخرى، كذا هاهنا جاز أن يثبت الحكم بالنص والعلة وإن وقعت الغُنية بالنص عن العلة ثم نقول التعدية لطلب الفائدة، وقد حصلت الفائدة في مسألتنا بحصر الحكم في المنصوص عليه حتى لا يلحق غيره به.

فإن قالوا: هذا يثبت لمجرد النص مع غير تعليل.

قلنا: هذا لا يثبت؛ لأن النص لا يتعرض لما سوى المنصوص عليه لا بنفي ولا بإثبات، فإذا علّلنا وكانت العلة غير متعدية تعرضت العلة لما سوى المنصوص عليه بالنفي فأفاد من هذا الوجه، وعلى هذا الأصل الذي قلنا يخرج الجواب عن قولهم فيما احتجوا في مسألة الجنس بانفراده فإن عمدتهم أن الجنس في التأثير بمنزلة الكيل، وليس بشيء، فإنه لا يعرف تأثير إلا للطعم، فأما الجنس فشرط محض وليس له تأثير، وعلى أنه يلزم على ما قالوه إسلام الدراهم في الزعفران فإنه يجوز وإن جمع من البدلين أحد وصفي علة الربا الفضل وهو الوزن.

وقولهم: «إنا نخص العلة بالإجماع».

باطل، لأنه اعتراف بنقض العلة، وذلك اعتراف بفساد العلة؛ لأن الفاسد والمنتقض بمعنى واحد، ولأن العلة إنما تكون علة الحكم، لأنها تفيد قوة الظن، وإذا وجدت العلة مع تخلف الحكم تذهب قوة الظن، والعذر الآخر باطل، لأن عندهم العلة أصل الوزن، وأصل الوزن قد جمع البدلين سواء كان أحدهما ثمنًا والآخر مُثمنًا أو كانا ثمنين أو مثمنين.

وقولهم: «إن الوزن في المُثمنات يشبه الكيل».

دعوى باطلة، والمسألة التي قالوها على أصولهم.

وعندنا: لابد من إعادة الوزن كما لابد من إعادة الكيل.



وقال بعض أصحابنا(١) في هذه المسألة: إن الثياب والعبيد ليست بأموال الربا بدليل أنه لا يجري فيهما ربا الفضل فلا يجري فيه ربا النَّسَأ، وقال هذا القائل متى سقط ربا الفضل في محل لابد أن يسقط ربا النَّسَأ، لأن الفضل عينًا أفحش من الفضل نقدًا فإذا لم يحرم أفحش الفضلين كيف يحرم أدناهما؟ وزعم أنه إذا أسلم الحنطة في الشعير إنما لا يجوز لوجوب التقابض، لا لأنه محل الربا النَّسَأ، وهذا ليس بقوي، لأنه يؤدي إلى إبطال ربا النَّسَأ ورفضه، وقد أجمعت الأمم على جريانه، ويقال أيضًا إذا جاز ربا ترك القبض مع عدم جريان ربا الفضل، وكذلك جاز في النَّسَأ مثله والاعتماد على ما سبق، والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْألَة):

التقابض عندنا واجب إذا باع مال الربا بعضه ببعض وتركه ربا ويستوي في هذا الحكم الأثمان والمطعومات(٢).

وعندهم: لا يجب التقابض في محلٍ ما(٣).

وزعموا أنه وإنما وجب في الأثمان إذا بيع بعضها [٨٨/ب] ببعض(٤)،

(١) الشيرازي في نكته: ورقة ١٣٢/أ.

(٢) النكت: ورقة ١٣١/ب، الأم ٣١/٣، شرح السنة للبغوي: ٦٠/٨، معالم السنن: ٦٤٥/٣، المهذب: ٣٦١/١، تهذيب الأحكام: ورقة ١٠/أ ـ كتاب البيع، وهو قول الحنابلة والمالكية. ينظر: المغني: ٦٣/٦، الإشراف للبغدادي ٢٥٦/١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٦٤٠/٢، ٦٤١.

(٣) مختلف الرواية: ورقة ١٥٧/ب، مختصر القدوري: ٢٧٥/١.

(٤) مختصر القدوري: ٢٧٥/١ ونصه: «وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر قبضه=



لأن حكم الأثمان عندهم الدَّينيّة، لأن بيع الدَّين بالدَّين لا يجوز.

وصورته: إذا باع خمسة دراهم بنصف دينار فإذا قلنا أنه لا يتعين يؤدي إلى بيع الدَّين بالدَّين، والنبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن ذلك ولا يتعين بالتعيين وإنما يتعين بالقبض فشرط القبض ليكون العقد عينًا بعين، وزعموا أن ترك القبض لا يكون ربا بحال.

لنا:

السنة الثابتة عن النبي ـ صلى الله عليه ـ وهو قوله: (لا تبيعوا الذهب بالذهب)[1] إلى آخر الأشياء الثلاثة إلّا مثلًا بمثل يدًا بيد، وقوله (يدًا بيد) نص في إيجاب التقابض.

فإن قالوا: المراد به عينًا بعين.

قلنا: قد قال في الخبر (عينا بعين)[2]، وقوله (يدًا بيد)[3] غيره في اللفظ والمعنى: قالوا: اليد عبارة عن الجارحة، والجارحة بالجارحة لا تجب فصار المراد من الخبر ما تكون اليد آلة له، واليد آلة للقبض بمثل ما هي آلة التعيين فاستوى معنى القبض والتعيين في قوله: (يدًا بيد) من هذا الوجه فلم يكن أحد المعنيين بأولى من الآخر.

= وقبض عوضه في المجلس...» اهـ.

(١) تقدم تخريجه في صـ٤٥.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١١/١٣ مع النووي باب الربا والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٤.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ١١/١٤ ـ ١٥ مع النووي باب الربا والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٤.




قالوا: وأما قوله: (عينًا بعين) فهو تأكيد لقوله: (يدًا بيد)، مثل قوله صلى الله عليه: (مثلًا بمثل سواء بسواء).

الجواب:

إن اليد باليد لا يعرف منه في العرف والعادة[1] إلّا القبض بالقبض وهذا ظاهر لا خفاء به، والحقيقة العرفية مرجوع إليها في المعاملات بدليل نقد البلد ويصير كما لو عيّن النقد، كذلك هاهنا تصير الحقيقة العرفية هي المعتبرة والمحكّمة في الباب فصار كما لو قال قبضًا بقبض، ولأن القبض يختص باليد، فأما التعيين لا يختص باليد فإنه قد يكون بالإشارة باليد وقد يكون بالتسمية باللسان، فإن قول القائل: «هذا» تعيين نصًا وصريحًا، وليس في القول ما يكون قبضًا بحال.

وأما المعنى نقول:

ترك التقابض ربا؛ لأن الربا عبارة عن الفضل وهو الفضل المطلق على ما سبق ذكره، والفضل قد يكون من وجوه كثيرة فقد يكون قدرًا في الصاع بالصاعين، ويكون نقدًا بالعين في النَّسَأ، ويكون أيضًا قبضًا بالمقبوض على غير المقبوض، وكما أن الزيادة العينية وزيادة القدر مطلوبة، كذلك زيادة القبض مطلوبة بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية؛ لأن الأعيان إنما تطلب ليتوصل إليها بالأيدي، ولأن اليد تقصد بنفسها في كثير من العقود على ما عرف في المسائل والعينية لا تقصد بنفسها بحال، وإذا

---

(١) العادة والعرف: عرفها ابن نجيم في الأشباه والنظائر بقوله «عبارة عما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة» صـ٩٢.

ثبت أنه ربا فيحرم في جميع أموال الربا، والأثمان والمطعومات كلها من أموال الربا؛ فوجب التقابض في الكل نفيًا للربا على العقد.

فإن قيل: إنما يتصور الفضل من حيث اليد أن لو أجبنا القبض في أحدهما وأخرناه دون الآخر حتى يكون مثل العين بالدَّين، فأما إذا سوّينا بين العوضين في القبض إيجابًا واستحقاقًا ومكان استحقاق وزمان استحقاق فلا يتحقق الفضل.

قلنا: يتحقق؛ لأنه إذا لم يجب التقابض يجوز أن يقبض أحدهما أحد العوضين ويتأخر قبض العوض الآخر بعارض فيوجد الفضل، وإذا وجب التقابض وقع الأمن عن مثل هذا، والاحتراز عما هو ربا واجب، وإنما يقع الاحتراز بهذا.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: القبض لا يصلح واجبًا في مسألتنا؛ لأنه لو وجب إنما وجب ليكون شرطا لصحة العقد ولا يصلح شرطا لصحة العقد؛ لأن القبض حكم العقد، وحكم العقد يتراخى عن العقد، وشرط العقد يقترن بالعقد، وما يتراخى عن العقد لا يتصور شرطه مقترنا بالعقد ليصحّ به العقد.

قالوا: ولأن الربا عبارة عن الزيادة، ولا زيادة للمقبوض على غير المقبوض بدليل أن في عادة التجار لا يبذل بإزائه عوض والزيادة ما تبذل بإزائها زيادة، وبهذا فارق الفضل من حيث القدر ومن حيث المعنى، ولا يلزمه الذهب بالذهب والفضة بالفضة؛ لأن التقابض إنما وجب في هذه الصورة ليكون عينًا بعين على ما سبق بيانه؛ وهذا لأنه إذا لم يتقابضا يبقى الذهب




بالذهب والفضة بالفضة دينًا بدين، وذلك حرام بنهي الشارع.

قالوا: وليس كما لو باع الحلي بعضه ببعض؛ لأنه وإن تعيّن إلّا إن عامة البياعات إنما توجد بين العوام فهم لا يعرفون ما يتعيّن مما لا يتعيّن فلو ألزمناهم التفصيل وقعوا في حرج عظيم فالشرع نقل إيجاب التقابض للتعيين من الأثمان إلى اسم الذهب والفضة دفعًا للحرج، ونظير هذا أنكم علّلتم الربا بالذهب والفضة بالثمنية ثم أجريتموه في الحلي بالحلي جريًا على ما قلنا، كذا هاهنا.

قالوا: [٨٩/أ] وليس كما لو قبض أحد البدلين في الأثمان حيث يجب قبض البدل الآخر، وإن زال الدَّين بالدَّين، لأن عندنا إنما وجب قبض البدلين تسوية بين العوضين، ومن قضية المعاوضة التسوية.

وبعضهم قال: وجب احترازًا من الربا لأن الغبن خير من الدَّين وأزيد منه في المالية.

وقد قال بعض العلماء: إن الدَّين ليس بمالٍ مالم يقبض فإن لم نقل بهذا فلا أقل من أن نقول: إن العين أكثر مالية من الدَّين، وإذا كان أكثر مالية فتحقق الفضل الذي هو ربا.

وأما في مسألتنا لا يتحقق فضل هو ربا بحال، وتحريرهم باع عينًا بعين فلا يجب فيها التقابض كثوبٍ بثوبٍ.

۞ **الجواب:**

قولهم: «إن القبض لا يصلح شرطًا لصحة العقد».



قلنا: يصلح على ما سبق ذكره ويصير التقابض الموجود في المجلس كالموجود مقترنًا بالعقد وَرُخِصَ في التأخير دفعًا للحرج عن الناس، ولأن زمان المجلس بمنزلة زمان العقد في كثير من الأحكام.

قولهم: «إن القبض مُوجَب العقد».

قلنا: يدخل عليه التعيين في الدراهم ثم نقول مُوجَب العقد قبض مطلق وجب ليتوصل به إلى المعقود عليه، فأما القبض الذي يجب في المجلس لنفي الربا فلا يصلح إلّا شرطًا لصحة العقد.

قولهم: «إن المقبوض ليس له فضل على غيره».

قد سبق الجواب عنه: ولا يعتبر بعرف التجار بعد أن عرفنا الزيادة محسوسًا ومسموعًا ومشروعًا والذي اعتذروا به عن الأثمان، ليس بشيء، ويبطل بالحلي بالحلي..

والذي قالوا إنه لدفع الحرج عن العوام.

قلنا: كيف هذا؟ وقد قلتم بتعيّن الحلي وعدم تعيّن الأثمان، وعلى أن جهل العوام ليس بعذر في محلٍ ما، ويلزمهم إذا قبض أحد البدلين.

قولهم: «وجب التسوية».

قلنا: ينبغي إذا رضي المتعاقدان يجوز، لأن وجوب التسوية يكون لحق المتعاقدين، ويبطل بما لو باع دراهمَ بفلوس وقبض أحد البدلين يجوز مع فقدان التسوية.




وقد ذهب بعض مشايخنا إلى إيجاب التقابض لنفي الغرر، ولم أر الاعتماد عليه، لأن العقد عندنا يبطل لأجل الربا، لا لأجل الغرر. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال، وهو قول أكثر أهل العلم(١).

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يجوز إذا تماثلا كيلًا بكيل(٢).

لنا:

ما روى مالك عن عبد الله بن يزيد(٣) عن زيد بن عياش(٤) عن سعد ابن أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه «نهى عن بيع الرطب بالتمر، وقال: إنه ينقص إذا جَفّ»(٥).

---

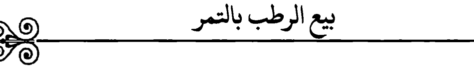
(١) وهو قول الصاحبين قال ابن عبد البر: جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال، الأم: ١٥/٣، المهذب: ٣٦٤/١، النكت: ورقة ١٣٣/ب، المغني: ٦٧/٦، مختلف الرواية: ورقة ١٤٤/ب، الإشراف للبغدادي: ٢٥٩/١، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٦٤٨/٢، شرح معاني الآثار: ٦/٤، المنتقى للباجي: ٢٤٣/٤، تكملة المجموع: ٢٦٨/١٠، ٢٦٩ للسبكي.

(٢) الأسرار: ورقة ٧٩/٢/أ، مختصر الطحاوي: ٧٧، المبسوط: ١٨٤/١٢ مختلف الرواية: ورقة ١٤٤/ب، فتح القدير ٢٧/٧، رؤوس المسائل ص٢٨٤، شرح معاني الآثار: ٦/٤.

(٣) عبد الله بن يزيد الخزومي المدني المقرئ الأعور مولى الأسود بن سفيان من شيوخ مالك ثقة من السادسة مات سنة ١٤٨هـ. روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ص١٩٤.

(٤) زيد أبو عياش هو ابن عياش روى له أصحاب السنن، وثقه الدارقطني وجهله ابن عبد البر وأبو حنيفة وابن حزم، تهذيب التهذيب ٤٢٤/٣، التقريب: ص١١٤.

(٥) رواه مالك في الموطأ ٢٤٢/٤ مع المنتقى، باب ما يكره من بيع التمر، والدارقطني في=



وفي رواية أنه ـ صلى الله عليه ـ «سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أو ينقص الرطب إذا جَفّ؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذًا»[1].

والخبر نص، وهو معتمد.

وأما بيان حقيقة المسألة: هي أن المماثلة لم توجد بين الرطب والتمر وصحة العقد مبنية على وجود المماثلة، والدليل على فوات المماثلة أن للتمر حالتين: حال الرطوبة وحالة الجفاف، والمماثلة تعتبر في حالة الجفاف؛ لأنه أعدل حالتي التمر، وأعدل حالتي الشيء أولى حالتيه باعتبار المماثلة فيها، بدليل النص والحكم والمعقول: أما النص فهو ما ذكرنا.

أما الحكم: فلأنه لو باع الحنطة بالدقيق متماثلًا لا يجوز متماثلين؛ لأن للحنطة حالتين: حالة اجتماع أجزائها، وحالة تفرقها فاعتبرت المماثلة في حالة اجتماع أجزائها؛ لأنها أعدل حالتيها، وكذا بيع المقلية بغير المقلية تماثلًا لا يجوز بناء على هذا الأصل.

= سننه: ٣/٤٩، ٥٠، والترمذي في سننه: ٥/٢٣٣، مع العارضة، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة، وأبو داود في سننه: ٣/٦٥٤ ـ ٦٥٧ مع المعالم، باب بيع التمر بالتمر وابن ماجه في سننه: ٢/٧٦١ رقم الحديث ٢٢٦٤، والنسائي في سننه: ٧/٢٣٦ باب اشتراء الرطب بالتمر، والشافعي في كتاب الأم: ٣/١٥، والحاكم في المستدرك: ٢/٣٨، ٣٩، وقال: «هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث إذ لم يوجد في رواياته إلّا الصحيح خصوصًا في حديث أهل المدينة ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عبد الله بن يزيد، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد أبي عياش» اهـ.

(١) رواها الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٦، والدارقطني في سننه: ٣/٥٠، والحاكم في المستدرك: ٢/٣٨.

وأما المعقول: وهو بيان حرف المسألة، فلأنا بينا أن الأصل في أموال الربا حرمة العقد[(١)]، وإنما جاز العقد في أموال الربا عند المماثلة من هذا القبيل؛ لأن المحرم هو الطعم، وقد جاز العقد عند وجود المماثلة مع قيام صفة الطعمية فدل أن الجواز رخصة، والرخص تتبع الحاجات فقد جاز البيع متماثلًا لأجل الحاجة وما رخص فيه لأجل الحاجة تعتبر فيه كمال الحاجة، كما أن ما رخص فيه لأجل الضرورة تعتبر فيه كمال الضرورة، وكمال الحاجة يوجد عند الجفاف، فأما في حال الرطوبة فلا تكمل الحاجة، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحاجات إلى الأعيان لمنافعها فيكون توفر الحاجات بتوفر المنافع وكمالها بكمالها، وحال كمال المنافع وتوفرها حال الجفاف؛ لأنه يوجد فيها كل المنافع المطلوبة [٨٩/ب] من التمور.

وأما في حال الرطوبة توجد بعض المنافع دون بعض، وهذا ظاهر، لا يحتاج إلى شرح وبيان، ومثال ما قلناه هو الحنطة بالدقيق والمقلية بغير المقلية على السواء ولا يعرف معنى يصلح للاعتماد عليه في منع بيع الحنطة بالدقيق سوى هذا فصار مسألتنا نظيره، ومثاله في الشرع وتتبعه مسألتنا في حكمه.

❁ **أما حجتهم:**

تعلقوا بقوله ـ صلى الله عليه: «التمر بالتمر مثلا بمثل»[(٢)].

قالوا: والرطب تمر؛ لأن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من أول بروزها وظهورها إلى آخر فنائها وانعدامها مثل الآدمي اسم للشخص المخلوق

---

(١) ينظر: صـ٤٥.

(٢) تقدم تخريجه في صـ٤٥.

على البُنية المخصوصة من أول انفصاله من الرحم إلى آخر فنائه، وكل اسم كان على هذا الوجه يستمر على تبدل التارات والأحوال ولا يختلف باختلافها مثل اسم الآدمي استمر على تبدل الأحوال من الشباب والكهولة والشيخوخة وغيرها، كذلك هذا الاسم وهو اسم التمر يستمر مع تبدل الأحوال من حال بُسرٍ إلى حال أذنابٍ إلى حال أرطابٍ إلى حال جفافٍ قالوا: ولأن الربا جارٍ[1] بين الرطب والتمر بإجماع الأمة وإنما جرى على أنه تمر بتمر، ولولا ذلك لم يجر[2] الربا؛ لأنه إذا لم يكن تمرًا يخرج عن ظاهر قوله (التمر بالتمر) ويدخل في قوله صلى الله عليه: (فإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم)[3] ولهم دلائل كثيرة على أن الرطب تمر سوى ما بينا وما ذكرناه معنىً وعليه الاعتماد.

وإذا ثبت أن الرطب تمر نقول: باع التمر بالتمر مثلًا فإنه لا تتصور المماثلة بين الرطب والتمر إلا على الوجه في هذه الحالة، فأما في حال الجفاف فلا يكون مماثلة بين الرطب والتمر؛ لأنه لا رطب فكيف يوجد المماثلة بين الرطب والتمر ولا رطب؟ لأن المماثلة شرط العقد ليصح العقد، والشروط إنما تعتبر عند العقد بدليل سائر الشرائط من الشهادة في النكاح وخلو المرأة عن العدة، والقدرة على التسليم في البيع وغيره.

وحرفهم الذي يعتمدون عليه ويعدونه مُشكلًا: هو أن الرطب لما كان تمرًا دخل في قوله صلى الله عليه: (التمر بالتمر مثلا بمثل)[4].

---

(١) في المخطوط (جاري).

(٢) في المخطوط (يجري).

(٣) سبق تخريجهما في صـ٥٤.

(٤) سبق تخريجهما في صـ٤٥.



وقد بينا أن حكم النص هو إيجاب المماثلة عند إرادة البيع ، فالشرع أوجب المماثلة بين الرطب والتمر ، ولا تجب المماثلة إلّا بعد الإمكان لئلا يؤدي إلى تكليف ما ليس في الوسع ؛ لأن تكليف ما ليس في وسع الإنسان ساقط عن العباد ، فدل خطاب إيجاب المماثلة على إمكان المماثلة ولا إمكان ولا تصوّر سوى التماثل عند العقد ، فدل أن الخطاب يتناوله واقتضاه فإنه إذا وجد جاز العقد.

قالوا: وأما الخبر الذي يروون فهو ضعيف في الإسناد(١) على ما عرف ، ولم يذكر في شيء من الكتب المذكورة على الوجه الذي رويتم(٢).

وإن قلتم: إنه مذكور في الموطأ ، فهو مذكور لا على الوجه الذي تروونه(٣).

ثم قالوا: الخبر الذي روينا من خبر التواتر ؛ لأنه قبلته الأمة وعملوا بموجبه لأجله فيوجب العلم ، وخبركم خبر واحد لا يوجب العلم وعمله تقييد هذا المطلق.

ومعنى التقييد هو تقييد المماثلة في التمر بالتمر في زمان الجفاف وتقييد

---

(١) بل ، هو مروي على هذا الوجه عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٦ والدارقطني في سننه: ٣/٥٠ ، والحاكم في المستدرك: ٢/٣٨.

(٢) رواية الموطأ «يسأل عن اشتراء التمر بالرطب ، فقال: رسول الله ﷺ (أينقص الرطب إذا يبس؟ فقالوا: نعم ، فنهى عن ذلك)» الموطأ ٤/٢٤٢ ، مع المنتقى.

(٣) يقولون: «إن زيدًا أبا عياش مجهول» الأسرار ٢/٦٥٧ «وليس الأمر على ما توهمه ، وأبو عياش هذا مولى لبني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لا يروي عن رجل متروك الحديث بوجهٍ وهذا من شأن مالك وعادته معلوم» ، وقد سبقت ترجمته وتوثيق الدارقطني له.

المطلق زيادة على المطلق فيكون نسخً على ما عرف من أصلنا ونسخ الحكم الثابت بالخبر المتواتر لا يجوز بخبر الواحد.

قالوا: وأما بيع الحنطة بالدقيق إنما لا يجوز؛ لأن المماثلة بين الحنطة والحنطة لم توجد، فإن الدقيق ليس بحنطة، وأما الرطب تمر على ماسبق بيانه، وإنما جرى الربا في الدقيق؛ لأنه أجزاء حنطةٍ متفرقةٍ فلما انه أجزاء الحنطة احتيط للربا وحكم بجريانه، ثم إذا جرى أجرى ما كان ثابتًا وهو الربا بين الحنطة والحنطة فاعتبرت المماثلة بين الحنطة والحنطة ولم توجد ففسد من هذا الوجه، ولا يوجد مثل هذا في مسألتنا؛ لأن الرطب تمر حقيقة.

وأما القاضي أبو زيد(١) فإنه قال في العذر عن الحنطة مع الدقيق والمقلية بغير المقلية: إن التسوية ما وجبت عليها في هذه الحالة وإنما وجبت قبل القلي وقبل الطحن باعتبار المعيار الذي يوجد في حال بقائه على أصل الخِلقة وحين توجه الخطاب علينا يومئذ كانت التسوية في وسعنا، ثم العبد بالقلي والطحن أبطل المعيار على نفسه فبقي في الواجب ويجوز أن يبقى على العبد واجب بتقصيره وجنايته على وجهٍ لا يقدر أن يخرج منه: أما أن يجب على العبد ابتداءً على وجهٍ لا [٩٠/أ] يطيقه ولا يوجد في وسعه فلا يجوز.

وربما عبروا عن هذا وقالوا: التسوية إنما وجبت علينا؛ لأن الله تعالى لما خلق هذه الأموال متساوية المالية قطعًا ويقينًا تصور فيها فضل يخلو عن العوض فوجب التسوية احترازًا عن ذلك الفضل فلولا أن التمر والرطب متساوية المالية باعتبار هذا الكيل الموجود لما تصور فيها الفضل الخالي عن

(١) ينظر: الأسرار: ٢/٨٠/ب (مراد ملا).



العوض حتى يجب الاحتراز عنه، فإذا تساويا كيلًا اندفع الفضل الذي وجب الاحتراز عنه بخلاف المقلية بغير المقلية والحنطة مع الدقيق؛ لأن الفضل فيه حرم في حال أصل الخلقة بكونه أمثالًا متساوية، وذلك قبل القلي وقبل الطحن، وكان الاحتراز عن الفضل يحصل بالكيل في تلك الحالة، وقد أبطل ذلك الكيل على نفسه وما وجدت عن الكيل وهو بين الحنطة والدقيق لا يعلم أنه يحصل به الاحتراز عن ذلك الفضل أم لا؟ فبقي في الحرمة لعدم المخلص.

وأما في مسألتنا إنما حرم الفضل بناء على هذا الكيل الذي يوجد بين الرطب والتمر فإذا استويا كيلًا انعدم الفضل وتمّ الاحتراز فلم يبق لفساد العقد وجه.

قالوا: وأما المبلولة بغير المبلولة فيجوز؛ لأنه بالبلّ أعادها إلى حالة الرطوبة التي خلقت عليها فصار كأنها لم تحدث فيها صفة لم تكن، فبقي الكيل مخلصًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الرطب لا تنكسر في المكيال والتمر ينكسر فوجدت المفاضلة عينًا؛ لأن الكسر غير معتبر بل المعتبر وجود ملء المكيال فحسب، وقد وجد من الجانبين، وعلى أنه لما وجبت التسوية والمساواة بالمماثلة كيلًا فلابد أن يهدر الفضل الذي يوجد باعتبار الكسر لتتحقق المماثلة الواجبة بالشرع.

قالوا: وأما الحاجة التي قلتم فكيف يجوز أن يقال جاز بالحاجة؟ ولا حاجة في بيع المثل بالمثل بحالٍ، وإنما يجوز في هذه الصورة، وأيّ حاجة

يمكن تحقيقها في مثل هذا الموضع؟

❁ **الجواب:**

أما التعلق بالخبر فنحن نقول به؛ لأنه وارد لإثبات الحظر إلّا عند المماثلة كيلًا، ونحن نقول به، وليس في الخبر تعرض لزمان المماثلة فتعرض له دليل آخر: إما الخبر أو القياس، وقد بينا أن التمر له حالتان وقد قام الدليل على تقييد المماثلة بإحدى الحالتين، وذلك إمّا بالخبر وإن كان واحدًا أو بالقياس على ما سبق.

وقولهم: «إن هذا الخبر يوجب العلم وذلك الخبر لا يوجب العلم».

قلنا: هبْ أن الخبر الذي رويتم متواتر موجب للعلم والعمل لكن لم يتعرض لما تعرض له بخبر[1] الذي روينا فلا يوجد بين الخبرين معارضة، ومقابلة، وإنما أحد الخبرين ورد في شيء والثاني في شيء آخر وتضمن مجموعها ثبوت الحظر في الأصل إلّا عند المماثلة كيلًا في زمان الجفاف، وأما قولهم: «إن الرطب تمر».

سلّمنا لهم ومشّينا الكلام.

وقولهم: «إن الشرع أوجب التسوية فلا بد من تصور وجود المساواة».

قلنا: أوجب التسوية ليكون خلاصًا عن الحظر على العموم بل يجوز أن يكون الحظر على العموم لعموم العلة والخلاص في محلٍ مخصوصٍ لخصوص المخلص، وليس هذا من باب تكليف ما ليس في الوسع؛ لأن

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (الخبر).



الحكم ليس هو إيجاب التسوية، إنما الحكم هو الحظرية على ما سبق، وليس فيه تكليف شيء ثم جعل التسوية بالكيل مخلصًا، وقد قام الدليل على تقييده بزمان مخصوص، فإذا لم يوجد في ذلك الزمان بقي داخلًا تحت الحظر الذي هو حكم النص ثم يلزم على جميع ما يقولون بيع الحنطة بالدقيق.

وقولهم: «ليس بحنطة».

قلنا: لا، بل هو حنطة تفرقت أجزاؤها وإنما بقى محلًا للربا بهذا الوجه.

وقولهم: «إن الربا يجري بجهة الاحتياط».

قلنا: وأيّ احتياط مع فقدان المحل؟ وعلى أنه إذا صار محلًا للربا بأصل الوضع أو بالاحتياط وجب أنه إذا وجدت المماثلة في هذه الحالة أعني ـ الحنطة والدقيق أن يجوز ـ وهو أولى؛ لأن أمر الاحتياط أخف من أمر الوضع الأصلي.

وأما عذر أبي زيد فهو بناء على أصله الذي قاله: إن حكم النص وجوب التسوية».

وقد بيّنّا الكلام عليه، ثم يقال هل استمر خطاب إيجاب التسوية بعد الطحن والقلي؟ فإن قلتم: لم يستمر وجب أن لا يكون محلًا للربا، وإن قلتم: قد استمر الخطاب بإيجاب التسوية فوجب أن يكون العبد متمكنًا من تحصيلها وإلا يؤدي ذلك إلى ما قلتم من تكليف العبد ما ليس في وسعه.

وقولهم: [٩٠/ب] «إنه بفعله سَدّ الباب على نفسه».

قلنا: وجب ألا يفسد؛ لأن الأمر قبل الطحن وبعده واحد فوجب أن

يكون التمكن من الامتثال على وجه واحد؛ وهذا لأن الطحن والقلي مباح فلا يجوز أن ينسدّ عليه باب الخلاص بفعل هو مباح، نعم، لو كان الفعل محظورًا لكان يتصور، فأما مع الإباحة فلا.

وأما بيع الرطب بالرطب ففساده خارج على الأصل الذي ذكرناه عند التأمل. والله أعلم.

❊ (**مَسْأَلة**):

إذا باع مُدّ عجوة[1] ودرهم بمديّ عجوةٍ لم يجز عندنا مالم ينص على المدّ بالمدّ[2].

وعندهم: يجوز المدّ بالمدّ بإطلاق العقد[3].

وعلى هذا الخلاف إذا باع دينارًا ودرهمًا بدينارين ودرهمين، أو باع كرّ حنطة وكرّ شعير بكرّي حنطةٍ أو كرّيّ شعيرٍ لا يجوز عندنا ما لم ينص على وجه الصحة[4].

---

(١) بيع الربوي بالربوي ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسهما والمقصود أن العقد جمع بين عوضين مختلفيى الجنس ولا تعرف قيمة كل منهما.

(٢) مختصر المزني: ٢/١٤٥ مع الأم، روضة الطالبين: ٣/٣٨٤، الأم: ٣/١٧، المنهاج: ٢/٢٨، شرح السنة للبغوي ٨/٦٧هـ، المهذب: ١/٣٦٣، تكملة المجموع للسبكي: ١٠/٢١١، ٢٢٢ ونص على نقل ذلك من المؤلف، وهو قول الحنابلة قال ابن قدامة في المغني: نص على ذلك أحمد في مواضع كثير وذكره قدماء الأصحاب» اهـ ٦/٩٢.

(٣) بدائع الصنائع: ٧/٣١٢٤، الأسرار: ٢/٨١/ب مراد ملا.

(٤) مغني المحتاج: ١/٢٨، روضة الطالبين: ٣/٣٨٤، شرح السنة للبغوي: ٨/٦٦، المغني:=

وعندهم: يجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس[1].

❖ لنا:

الحديث الذي رويناه وهو قوله ـ صلى الله عليه (لا تبيعوا التمر بالتمر إلّا مثلا بمثل)[2] فنهى النبي ـ صلى الله عليه ـ عن بيع التمر بالتمر إلا مثلًا بمثل، وقد باع التمر بالتمر مثلا بمثل فكان على النهي الوارد في أول الخبر، وقد باع لا مثلًا بمثلٍ، وإنما قلنا ذلك؛ لأن بيع المثل بالمثل لا يحتمل غير المثل بالمثل، كما لو نص على المدّ بالمدّ وبيع المدّ والدرهم بالمدّين يحتمل المثل بالمثل ويحتمل غيره؛ لأنه يحتمل أنه باع المدّ بالمدّ والثاني بالدرهم، ويحتمل غير هذا بأن يجعل المدّ بأكثر من المدّ أو أقل منه، فدل أنه ما باع المثل بالمثل.

يدل عليه: أن بيع المثل بالمثل إنما يصح لبيعه المثل بالمثل فلما كان هو الفاعل لذلك صح بيعه ولن يكون فاعلًا لذلك إلا إذا نص عليه على وجه لا يحتمل غيره.

فأما إذا أطلق هو إطلاقًا لم يحمل عليه من قبل الشرع فلا يكون هو بائعًا على الوجه الصحيح فبقى على الفساد، وهذا طريقة في غاية الوضوح، "وهو تخريج المسألة على الأصل الذي عرف لنا في مسائل الربا: وهو أن الأصل في البيع في هذه الأموال بعضها ببعض الحظرية إلّا إنه يتخلص عن

= ٩٢/٦، المهذب: ٣٦٣/١، تكملة المجموع للسبكي: ٢٢١/١٠.

(١) مختلف الرواية: ورقة ١٥٧/ب، بدائع الصنائع: ٣١٢٤/٧، الأسرار: ٨١/٢/ب (مراد ملا).

(٢) سبق تخريجه في ص٤٥.

الحظر بالبيع على وجه مخصوص فإذا لم يوجد على ذلك الوجه يبقي محظورًا تمسكًا بالأصل"[1].

فإن قالوا: ما قولكم: «فيما إذا باع درهما جيدًا ودرهما رديئًا بدرهمين جيدين أو رديئين، وكذا في الحنطة والشعير؟ وقد وجد المخلص حقيقة؛ لأن العوضين من الجانبين قد تماثلًا وزنا بوزن وكيلًا بكيل».

والجواب:

إن فساد البيع في هذه الصورة بطريق آخر وإنما الطريقة التي ذكرنا في الصور التي ذكرناها في ابتداء المسألة، ويجوز أن تختلف علة الفساد عند اختلاف صور المسائل.

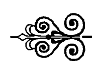
وذهب عامة الأصحاب في المسألة إلى الطريقة التي أشار إليها الشافعي: وهي أن العقد إذا اشتمل على عوضين مختلفي القيمة في أحد الجانبين أو من الجانبين جميعًا لابد من التوزيع والقسمة[2] بطريق القيمة ليعرف بدل كل واحد من العوضين مما يقاله: دليله: الحكم والحقيقة:

أما الحكم: فهو إذا باع شقصًا[3] وسيفًا بألف درهم أو باع سيفًا وشقصًا بدابةٍ وثوبٍ، فإنه يجب معرفة بدل كل واحد مما يقابله من حيث التقويم[4].

وأما الحقيقة: فلأن البيع مشتمل على حقوقٍ متعددةٍ معهودةٍ من شفعةٍ

---

(١) ما بين القوسين ذكر السبكي في تكملة المجموع ٢٢١/١٠، نقلًا عن المؤلف.
(٢) ينظر: المهذب ٣٦٣/١.
(٣) الشقص: الطائفة من الشيء. ينظر: المصباح مادة شقص ص٣١٩.
(٤) ينظر: المهذب ٣٦٣/١.



وردٍ بعيبٍ ورجوعٍ عند استحقاق وما أشبهه.

ولابد من معرفة بدل كل عوض من العوضين المختلفين لأجل تلك الحقوق.

وطريق معرفة هذا البدل هو التقويم؛ لأن العقد عقد مبادلة ومعاوضة مال بِمالٍ، والمقصود طلب المال، وأبدال المال هي القيمة في الأصل وبها يعرف مقادير الأموال، فإذا وقعت الحاجة إلى معرفة البدل وجب أن يتعين في معرفة بدله الطريق الذي وضع لمعرفة الأبدال، وليس ذلك إلّا ما قلنا وإذا ثبت هذا الأصل فهذا أصل يعم جميع وجوه الخلاف، ويتبين باعتباره إما وجود حقيقة التفاضل أو وجود الجهل بالتماثل، والبيع يفسد بكل واحدٍ منهما.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة وفاسدة بحكم هذا العقد فيترجح الصحة على الفساد حملًا لأمر المسلم على الصلاح والسداد؛ وهذا لأن عقله ودينه يردّانه من الوجه الفاسد شرعًا إلى الصحيح شرعًا فإذا كان كلامه يحتمل وجها صحيحًا ووجهًا فاسدًا فوجب أن يحمل على الوجه الصحيح دون الفاسد؛ لأن الظاهر أنه قصد الصحيح دون الفاسد والظاهر [٩١/أ] دليل معهود في الشرع يجوز بناء الأحكام عليها، ولهذا إذا باع بنقدٍ مطلق يحمل على نقد البلد تحريًا لجهة الصحة، وكذلك إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يحمل على نصفه ليصح العقد.

"وكذا إذا اشترى قُلّبا وزنه عشرة بعشرة واشترى ثوبًا بعشرة فنقد في

مجلس العقد عشرة ثم افترقا حُمِلَ المنقود على أنه حصة القُلْب تحرّيًا للواجب عليه في المجلس ليصح العقد"[1].

قالوا: وإنما قلنا وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة ومقابلة فاسدة؛ لأن بيع المدّ والدرهم بالمدّين وبيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين يحتمل نوعي مقابلة أحدهما: على وجه الانقسام من حيث التقويم كما قلتم.

والثاني: صرف الجنس إلى غير الجنس ليتقابل الفرد بالفرد، والأولى فاسدة، والثانية صحيحة فرجحت الثانية؛ لأنها صحيحة، وكذا في مسألة مدّ العجوة وجدت مقابلة المدّ بالمدّ والمدّ الآخر بالدرهم وهي مقابلة صحيحة ووجدت مقابلة المدّ بأكثر منه أو أقل منه وهي فاسدة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن في مقابلة الفرد بالفرد على التعيين ترك العمل بنص كلامه؛ لأنه في مسألة بيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين باع البدلين بالبدلين وفيما ذكرتم لا يتحقق بيع البدلين بالبدلين بل هو بيع بدلٍ ببدل على طريق التعيين، وهذا تَرَكَ المنصوص عليه وَعَمِلَ بما لم ينص عليه لتصحيح كلامه، ولا يجوز أن يقال هذا؛ لأنه ليس فيما ذكرناه ترك العمل بالنص فإن النص في كلامه مقابلة البدلين بالبدلين لا غير، ولكن إذا قوبل الجمع بالجمع يتقابل الفرد بالفرد ضرورة كما يقال: لبس القومُ ثيابهم وركب القومُ دوابهم، وكذلك إذا قال: اعط هؤلاء الفقراء عشرة دراهم وهم عشرة نفر كان أمرًا بأن يعطي كلَّ نفرٍ درهمًا، فدل أنه ليس فيما قلناه ترك العمل بنص كلامه فجاز المصير إليه وإثباته لتصحيح عقده، ثم قالوا: وهو

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/٧٩/ب مراد ملا.




مخلص كلامهم: إن الانقسام على الأبعاض بطريق التقويم على ما قلتم، والانقسام بطريق التعيين على ما قلناه ما كانت بحكم نص كلامه بل بطريق الضرورة لأجل حقوق العقد وأحكامه؛ ولابد من المصير إلى إحدى المقابلتين، وقد ترجحت إحداها على الأخرى لأجل الصحة فيصار إلى الراجحة، وخرج على هذا مسألة الشَّقص والسيف بالدابة والثوب؛ لأن المقابلة على التعيين لا يمكن؛ لأنه كما يصلح أن يجعل الشَّقص بإزاء الدابة والثوب بإزاء السيف يصلح أن يجعل الشَّقص بإزاء الثوب والسيف بإزاء الدابة ولا دليل على ترجيح أحدهما على الأخرى فسقطت المقابلة من حيث التعيين بهذا الوجه وبقيت المقابلة من حيث الأجزاء والأبعاض فصارت هذه المسألة حجة عليكم؛ لأنه إنما صرنا إلى القسمة على الأبعاض والأجزاء تصحيحًا للعقد؛ لأنه تعذر تصحيحه على الوجه الآخر، فهاهنا وجب أن يصار إلى المقابلة على طريق التعيين لتصحيح العقد.

قالوا: ولا يلزم الوكيل بالبيع إذا باع بيعًا فاسدًا فإنه يلزم الموكِّل مثل ما إذا باع صحيحًا ولا يرجح الصحيح؛ لأن الأمر بالبيع يتناول البيع بأصله ولا يتناول البيع بأوصافه(١)، فإن الآمر ساكت عن ذكر الوصف فإذا باع الوكيل بيعًا فاسدًا أو صحيحًا يصير ممتثلًا للأمر بمباشرة أصل البيع ولم ينظر: إلى الوصف؛ لأنه ليس في لفظ الآمر ذكر الوصف، وأما هنا فليس بأمر البيع لكنه مباشرة البيع بحقيقته، ولابد أن يقع بأحد وصفيه إما الصحة وإما الفساد، وقد تعارض الوصفان في الوجود فيرجح وصف الصحة على وصف الفساد كما قلنا.

---

(١) الأسرار: ٢/١٨٢/أ (مراد ملا).

قالوا: وليس يلزم إذا اشترى قُلّبا وثوبًا بعشرة ووزن القُلّب عشرة ثم باعهما مرابحة حيث يبطل العقد ولا يجعل جميع الربح بإزاء الثوب ليصح؛ لأن في هذه المسألة وقع النص على الفساد حيث قال: بعتُهما مرابحة على كذا فقد شرط الربح فيهما بنص كلامه فإذا جعلنا الربح مصروفًا إلى أحدهما أبطلنا نص كلامه وفي مسألتنا لم ينص على الفساد وعلى هذا قالوا: إذا باع الدرهم بالدرهمين لم يجعل أحدهما هبة؛ لأنه يؤدي إلى تغيير نص كلامه، قالوا: ولا يلزم إذا باع عبدًا بألف ثم اشتراه قبل نقد الثمن مع عبدٍ آخر بألفٍ وخمس مئة درهم وقيمتهما سواء، فإن الألف ينقسم عليهما على السواء ويفسد العقد ولا يصرف الألف[1] منه إلى العقد الذي باعه حتى يصح العقد؛ لأن الكلام في مسألة يتعين فيها طريق [٩١/ب] الصحة، وفي هذه المسألة طريق الصحة غير متعين؛ لأنا إن صرفنا إلى العبد المشترى ألف درهم يجوز، وإن صرفنا ألف درهم يجوز، وكذا كلما زاد، فلما تعدد طريق الجواز وليس البعض بأولى من البعض فسد البيع لجهالة طريق الجواز، وفي مسألتنا جهة الصحة متعينة فصرف العقد إليها.

هذا جملة كلامهم تحقيقًا.

وقد عيّن بعضهم الكلام فيما إذا باع درهما جيدًا أو رديئًا بدرهمين جيدين أو رديئين وكذلك في الدينار قال: وقد باع الدراهم بجنسها وزنا بوزن، وكذلك في الدينار فوجب أن يجوز البيع.

يبينه: أنه لو باع جيدين برديئين جاز، وقلتم لو باع جيدًا ورديئًا برديئين

(١) الأسرار: ورقة ١٨٢/٢/أ.



أو جيدين لا يجوز، وهذا محض تحكم على الشرع.

يدل عليه: أنه لو كانت الجودة معتبرة في الصورة الثانية لكانت معتبرة في الصورة الأولى؛ لأنهما في المعنى واحد.

الجواب:

ليس لهم تعلق إلّا بترجيح جهة الصحة، ونحن نقول: إن الشارع عيّن جهة الصحة فلا صحة للعقد إلّا بسلوك جهتها وتعيينها قولًا، ولا يوجد ذلك إلّا بأن ينص على المدّ والدرهم بالدينارين أو الدينار بالدرهمين، فإذا أطلق ولم ينص على هذا فلم يباشر العقد على جهة الصحة فوقع فاسدًا.

فإن زعموا أن الشرع يحمل العقد على الصحة فنقول:

الشارع مكلف عبيده مباشرة العقد على هذه الجهة فأما أن يباشروا لا على هذه الجهة ثم إن الشرع يحمل عقودهم على هذه الجهة من قبل نفسه، فمحال.

والحرف الموجز في هذا أنهم إن قالوا: «إن العاقد عقد على جهة الصحة».

فبينوا وجهه؟، فإن قالوا: إن الشرع يرد العقد إلى جهة الصحة وإن لم يعقد هو «فبينوا دليله؟ فهم بين هاتين الخطتين العظيمتين».

وقولهم: «إن المسلم العاقل يقصد الجهة الصحيحة».

قلنا: قد يقصد الصحيح بتقديم الدِّين، وقد يقصد الفاسد بتقديم الهوى

وأهل الهوى أغلب وأكثر، وعلى أن المعتاد أن مَنْ يقصد الجهة الصحيحة يعينها ويُسمّيها ولا يطلق إطلاقا، وبهذا فارق مسألة نقد البلد؛ لأن العادة هناك هو الإطلاق، وهاهنا العادة تعيّن جهة الصحيحة، والدليل على الفرق: أنه لو وكّل ينصرف إلى الصحيح والفاسد، ولا يتعين الصحيح بعرف الناس في جهة الصحة، وإذا وكّل بالبيع بألف يتعين نقد البلد بعرف الناس لهذا النقد، وعلى أن مسألة النقد ليس نظير مسألتنا؛ لأن الكلام في جهتين إحداهما[1] صحيحة والأخرى فاسدة، وعند النص على إحدى الجهتين هل يتعين الصحيح منها؟ وفي مسألة نقد البلد يصح العقد أيّ نقد عيّن ثم بالعرف يتعين نقد الواحد من بين سائر النقود مع أن تعيين الكل صحيح، وليس هذا من مسألتنا في شيء.

وقد قالوا في مسألة الأرقية التي احترزوا عنها في طريقتهم إنه لما كثرت وجوه الصحة في تلك المسألة ولم يكن تعين الجهات بأولى من البعض لم يتعين أحدهما وبطل العقد.

جواب آخر:

إن المقابلة التي صرنا إليها أولى بدليل ما ذكرنا في حجتنا، ولأنهم صاروا إلى المقابلة من حيث التعيين وهو تعيين شيء في مقابلة شيء وهذه زيادة لا يدل عليها اللفظ بحال.

وأما نحن فلم نصر إلى تعيين شيء في المقابلة ولكن نقول: إن كل بدل من هذا الجانب يقابل جميع ما بإزائه على وجه الشيوع، وكذا البدل

(١) في المخطوط: احديهما.




الذي معه، ثم إذا قوبل على هذا الوجه لابد من التقويم ليعرف عوضه من الجانب الآخر؛ فكان ما قلنا أقرب إلى التمسك بظاهر قول المتعاقدين مما قالوه، وفيه قول بطرح زيادة لا يدل عليها مطلق العقد. وهذا جواب معتمد.

وأما الذي تعلقوا به خبرًا من اعتبار بيع الجيد والردئ بالجيدين والرديئين وقولهم: «إن الاستواء وزنًا قد حصل» نقول: قد دل الدليل على أن الصفقة إذا اشتمل أحد جانبيها على بدلين مختلفين في القيمة فصار إلى القسمة من حيث التقويم، وإذا صرنا إليها يظهر الفضل كيلًا أو وزنًا في أحد البدلين فالمحرم هو الفضل قدرًا، لكن طريق إظهاره الانقسام من حيث التقويم. وأما في بيع الجيدين بالرديئين فلا يظهر فضل من حيث القدر، وإن صرنا إلى تقويم البدلين؛ لأن البدلين استويا في القيمة ومع الاستواء في القيمة لا يتصور ظهور فضل بحال، وهذا لأنا لا نقابل بعض الرديئين بجزء من [٩٢/أ] الجيدين إلّا ويلزمنا أن نقابل الباقي من أجزاء الجيدين بمثل ما قابلنا به الجزء الأول لاستواء الكل في القيمة ولا يوجد مثل هذا في الصورة الثانية فيظهر الفضل.

والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الدراهم والدنانير تتعيّن في العقود عندنا[1].

وعندهم: لا تتعيّن[2].

❈ لنا:

أن مُوجَب العقد في الأثمان هو مُوجَبه في السلع ثم السلع تتعيّن في العقود كذا الأثمان.

فإن قالوا: «ما مُوجَب العقد فيهما».

قلنا: ملك عين كانت مملوكة لغيره من قبل، وإن شئت قلت نقل الملك في عين مملوكة من مالكٍ إلى مالكٍ.

فإن قالوا: «هذا المُوجَب مسلّمٌ في السلع غير مسلّم في الأثمان».

قلنا: إذا كان هذا هو المُوجَب في أحد عوضي العقد فليكن هو المُوجَب في العوض الثاني؛ لأنه عوض بعوضٍ، والعوضان في البيع على نهاية التقابل

(١) شرح السنة للبغوي: ٨/١١٣، تكملة المجموع للسبكي: ١٠/٨٥.
وهو قول زفر من أصحابهم، وقول ابن القاسم من المالكية، البدائع: ٧/٣٢٢٤، الإشراف للبغدادي: ٢/٢٧١، والمقصود بالتعيين هنا: أنه لو باع شيئاً بدراهم أو بدنانير بأعيانها ـ كأن يبيع بالريال فلا يجوز أن يعطيه بدلًا من الريال درهمًا أو دينارًا ـ فأنها تتعين العملة ـ حتي لا يجوز له أن يعطي غير عينها والرأي الآخر يقول إنها لا تتعين حتي يجوز لبائعها أن يعطي مثلها مكانها. ا. هـ بتصرف شرح السنة للبغوي ٨/١١٣.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/٣٢٢٤، الأسرار: ٢/١٢٦/ب مراد ملا.
وهو الظاهر من مذهب المالكية، ينظر: الإشراف للبغدادي: ١/٢٧١.




وعمل العقد فيهما على نهاية الاستواء عند النظر في الاعتبارات، واعتبار المقابل بالمقابل في العقد الموجب للمقابلة في نهاية الصحة والقوة ثم التحقيق في المسألة أنا نقول:

المُوجَب ما بيّنا وهم يقولون المُوجَب ما قلتم في السلع، فأما في الأثمان فمُوجَب العقد فيها وجوب الثمن ابتداءً في الذمة فنقول الدليل على ما قلنا: أن البيع حقيقته بيع شيءٍ بشيءٍ أو شراء شيءٍ بشيءٍ فكما لابد من شيء يُباع لابد من شيءٍ يشترى ليتحقق بيع شيءٍ بشيءٍ ولا شيء في الذمة حتى يشترى به، دل أن حقيقة العقد هو الشراء بثمنٍ موجودٍ، كما أن حقيقة البيع هو بيع مبيعٍ موجودٍ.

يدل عليه: أن مُوجَب العقد ما يدل عليه لفظ العقد، ولفظ العقد إنما اقتضى وجود شيء من الجانبين على ما سبق بيانه، والمعدوم ليس بشيءٍ على ما عرف من مذهب أهل السنة، فعرفنا ضرورة أن مُوجَب العقد من الجانبين ما يدل عليه لفظ العقد وهو ملك في شيءٍ موجودٍ من قبل العقد لا إيجاد شيء لم يسبق له وجود. وهذا حرف معتمد.

ونقول أيضًا: الدراهم والدنانير متعيّنة حسًّا ومُلكًا، وما تعيّن حسًّا ومُلكًا فيتعيّن عقدًا؛ وهذا لأن تعيّنهما عقدًا إما أن يبتني على مشروعٍ أو محسوسٍ فإن بنينا على المشروع فقد تعيّنت شرعًا من حيث الملك، وبيان تعيّنها شرعًا امتيازها بملك مالكها عن سائر الأشياء حتى يكون أحق بها مثل ما يكون أحق بسائر الأعيان إذا ملكها، وإذا بنينا على المحسوس وقد تعيّنت أيضًا حسًّا وهذا معلوم لا يحتاج إلى البيان فعلى الوجهين لابد وأن يتعيّن.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن الدراهم والدنانير محل قابل للتعيين، والمشتري من أهل التعيين، وفي التعيين فائدة: أما من قبل البائع فلأن يملك عينها، والملك في العين أكمل من المِلك في الدَّين وليكون أحق بها من سائر الغرماء عند وقوع التشاجر، وأما من قبل المشتري فلئلا يطالب من ذمته إن وَرَدَ عليها هلاك.

وإذا تحقق ما ادّعينا من الفائدة ووجد محلّية التعيين وأهلية التعيين لابد من التعيين، وإنما وَالَينا عن الحجج في هذه المسألة لظهورها وإيضاحها فلم يجب أن يخل بمثل هذه الدلائل الواضحة والبراهين النيرة، وإلّا فالفصل الأول من البيان كافٍ لا مزيد عليه.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: مُوجَب العقد في الثمن هو وجوبه ابتداءً في الذمة وربما يقولون وجوده بوجوبه، فإذا عُيّن فقد عيّن مُوجَب العقد، والعقد لا يحتمل تغيير مُوجَبه إلا لضرورة ولا ضرورة في التعيين فلغا التعيين فيما يرجع إلى ملك العين المشار إليها غير أن العقد لم يفسد؛ لأنا جعلنا التعيين مجازًا عن ذكر الجنس والقدر وإذا صار مستعملًا مجازًا عنه لم يبطل به العقد، وجعل كأن التعيين هو الذي جعلناه مجازًا عنه.

وأما الدليل على أن مُوجَب العقد في الثمن ما قلناه إجماعنا على أنه إذا أطلق الثمن إطلاقًا جاز وَوَجَبَ الثمن في الذمة، ولو كان مُوجَب العقد في الثمن هو ملك في عين لم يجز العقد في هذه الصورة؛ لأنه لا عين.




يدل عليه: إن الإطلاق هو المتعارف عند عامة الناس في الأثمان فإن الإنسان يترك التعيين في الثمن مع حضوره هو والمتعارف وفي عرف الناس وعقودهم بدل التعارف أنه هو المشروع للناس في الأصل؛ لأن المسلمين إنما تعارفوا فيما بينهم ما شُرِعَ لهم وإن وقع العدول عنها في بعض الأحايين لبعض الناس فلا يُلتفت إلى ذلك.

قالوا: وبهذا [٩٢/ب] فارق السلع؛ لأن المتعارف فيها هو التعيين، ولا يترك إلّا لضرورة العدم، وههنا مع الوجود والحضور يترك التعيين.

واستدلوا في أن ترك التعيين إنما جاز في السلع لضرورة العدم بالخبر الوارد في الباب وهو أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان[١] ورخص في السلم»[٢] والرخصة إباحة لنفس ما تناوله النهي في موضع خاص لنوع ضرورةٍ وحاجةٍ مثل سائر الرخص في الشرع فعرف بهذا الخبر أن مُوجَب العقد في السلع هو ملك في عين مملوكة، وأن وجوب المبيع في الذمة سَلَمًا رخصة معدول بها عن الأصل لحاجة العدم، ومثل هذا لم يرد في الأثمان.

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه: ٢/٧٣٧، باب النهي عن بيع ما ليس عندك.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٦٩ مع المعالم، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
والنسائي في سننه: ٧/٢٥٤، باب بيع ما ليس عند البائع.
والترمذي في سننه: ٥/٢٤١ مع العارضة، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده.

(٢) قال ابن حجر في الدراية: ٢/١٥٩ «لم أجده هكذا، نعم هما حديثان أحدهما: لا تبع ما ليس عندك.
ثانيهما: الرخصة في السلم، ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في شرح صحيح مسلم ذكره أيضًا».
وقال الزيلعي في نصب الراية: ٤/٤٥ «غريب بهذا اللفظ».

وحرفهم:

أن السلم شرع مشروع ابتداء لا باسم الرخصة من غير بناء على نهي متقدم، قالوا: والدليل على أن هذا الحكم في السَّلَم رخصة وضرورة شرط قبض رأس المال، وإنما شرط قبض هذه الزيادة ليكون جبرًا لما يحصل من العدم في المبيع.

ويدل عليه: أن المُسلم فيه بقي على المبيعية حتى لم يجز الاستبدال به.

وأما الثمن فلا يصير مبيعًا بحال حتى يجوز الاستبدال به، وإن منعتم فخبر ابن عمر نص في جوازه وهو قوله: كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ الدراهم مكان الدنانير والدنانير مكان الدراهم فسألنا النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»[1].

قالوا: ولأن اللغة والشرع فرق بين المبيع والثمن اسمًا، والتمييز في الاسم يمنع من الجمع في الحكم، وإذا قلنا إن مُوجَب العقد في الثمن هو مُوجَب العقد في المبيع يكون الثمن هو المبيع ويبطل الميز الوارد بين الاسمين لغة وشرعًا، وهذا حرف يعتمدون عليه.

ويقولون: لابد أن يكون بينهما مفارقة وعلى ما قلتم لا مفارقة أصلًا

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٣/٦٥٠، ٦٥١ مع المعالم، باب في اقتضاء الذهب من الورق.
والترمذي في سننه: ٥/٢٥١ مع العارضة، باب ما جاء في الصرف.
والنسائي في سننه: ٧/٢٤٨، ٢٤٩، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة. وابن ماجة في سننه: ٢/٧٦٠، باب اقتضاء الذهب من الورق، والورق من الذهب.
والدارقطني في سننه: ٣/٢٣، ٢٤.




وينبغي أن يُعتنَى في الجواب عنه.

قالوا: وأما المكيل والموزون من الحنطة والشعير فإنما تعيّنت بالتعيين «لأنا إنما ادّعينا هذا الأصل في الأثمان المحضة، وادعينا الأصل الثاني في السلع المحضة، والمكيلات والموزونات المتماثلة أثمان من وجهٍ سلع من وجهٍ؛ لأن حدّ الثمن: ما يقوم بنفسه ويقوم به غيره، وحدّ السلعة: ما لا تقوم بنفسها ولا يقوم بها غيرها»[1].

والحنطة والشعير تقوم بنفسها بدليل وجوب المثل بإتلافها، ولا يقوم بها غيرها، فكانت ثمنًا من وجهٍ سلعة من وجهٍ، فلما أنها ثمن من وجهٍ قلنا إذا أطلق يجوز ويكون مُوجَب العقد فيه ما هو المُوجَب في الأثمان، ولما أنها سلعة من وجهٍ قلنا: إذا عيّن يتعين ويكون مُوجَب العقد فيه ما هو المُوجَب في السلعة.

فأما ههنا الدراهم والدنانير أثمان محضة فلا يتعيّن موجبها.

قالوا: ولا يلزم النكاح على ثوبٍ أو عبدٍ مطلق حيث يجوز، وإن عيّن يتعين؛ لأنا إنما ادعينا هذا الأصل في البياعات التي تكون الأموال فيها أصولًا، فأما المال في النكاح تبع، ولهذا يجوز من غير تسمية المال فيجوز أن يخالف موجَبَه موجَب البيع ولا يلحق به، وإنما المعتبر ما يدل عليه الدليل في كل عقد.

قالوا: وأما الهبات[2] والصدقات والغُصوب[3] فإنما تعيّنت الدراهم

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار: ٢/١٢٨/أ (مراد ملا).

(٢) الهبة: هي التمليك بدون عوض. ينظر: مغني المحتاج ٢/٣٩٦.

(٣) الغصوب: جمع غصب وسيأتي تعريف الغصب في ص٤٨٩.

والدنانير فيها؛ لأن الأحكام فيها مبنية على القُبوض، والقبض يكون في عين، ولهذا لا يتصور إلّا في عين، وفي مسألتنا الأحكام مبنية على العقود، والعقد قد يكون في عين، وقد يكون في مالٍ يملكه في ذمته بالإيجاب له، فنظرنا إلى ما يدل عليه الدليل في إظهار موجب العقد.

قالوا: وأما الوكالة(١) فلا تتعين الدراهم فيها حتى لو وكّله بأن يشتري بهذه الألف فاشترى بغيرها أو مطلقًا جاز، وإنما بطلت الوكالة عند هلاكها بمعنى آخر: وهو أنه لما عيّن الألف فقد قَصَدَ إلى أن لا يرجع إليه ولا يرجع إلّا إلى الألف فوجب تحصيل مقصوده بالوجه الذي يمكن فقلنا: تتوقف الوكالة ببقاء الألف حتى يحصل مقصوده فإذا هلك الألف انتهت الوكالة، ومادامت الألف قائمة في يده فالوكالة قائمة.

وقد قال أبو زيد في بعض مصنفاته(٢):

«إن الدراهم والدنانير ليست أموالًا بأعيانها؛ لأن المال اسم لشيء غير الآدمي خُلِقَ لمصالح الآدمي، وليس في عين الدراهم والدنانير مصلحة لنا».

ألا ترى أنه لا منفعة في أعيانها بوجهٍ ما إلا في زينة وتحمل هو تبع المقصود فصارت أموالًا لمعانيها، وذلك المعنى هو الوصول بها إلى غيرها فصارت ماليّتها بالوصول بها إلى غيرها، وفي هذا المعنى الدراهم والدنانير كلها نقد واحد فلم يصح التعيين، لأن التعيين إنما يصح بين [٩٣/أ] شيئين أو

---

(١) الوكالة: تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته، ينظر: مغني المحتاج ٢/٢١٧

(٢) في الأسرار: ٢/١٣١/أ (مراد ملا).

أشياء مختلفة فإذا صار معنى الوصول إلى الأشياء هو المراد من الدراهم والدنانير في المعاوضات، وهذا المعنى واحد في الكل فلغت الإشارة إلّا من حيث تمييز نقد من نقد، لأن المعاني تختلف باختلاف المعقود لا باختلاف الدراهم والدراهم»[1].

قالوا: وبهذا فارق السلع، لأن المقصود منها أعيانها، لأن نفس العين منتفع بها من كل شيء بأكله وبشربه وبلبسه وبسكنه والأعيان كثيرًا مختلفة بذواتها يصح تمييز بعضها عن البعض بالإشارة والتعيين.

قالوا: وهذا بخلاف التبرعات، لأنه لا يقصد بها معنى الوصول إلى غيرها فسقط اعتبار المعنى وصارت العبرة للعين والأعيان كثيرة فصح التعيين.

قالوا: وإذا ثبت ما قلناه من الطريقين سَهُل السؤال والاعتراض على ما قلتم، لأن غاية معناكم أن البيع تمليك شيء بشيء.

قالوا: بلى، ولكن تمليك شيء موجود بشيء يوجد بالعقد، وقد قام عليه الدليل، أو تمليك شيء هومال لعينه بشيءٍ ليس بمالٍ لعينه أو هو معاوضة مختلف عينه قابل للتمييز والتعيين بما لا يختلف عينه ولا يقبل التمييز والتعيين.

❁ **الجواب:**

إنا قد بينا بدلائل في نهاية القوة أن مُوجَب العقد في الثمن هو مُوجَب العقد في المبيع، وليس لهم دليل مفهوم معنوي في أن مُوجَب العقد في

(١) كذا في المخطوط ولعله (الدنانير).

الثمن غير ما قلناه إلا إنهم تعلقوا بحكمٍ وهو أنه إذا اشترى بدراهم مطلقة يجوز، وتجب في الذمة، وهذا لا يدل على أن المُوجَب في الأصل هذا، ألا ترى أنه إذا أسلم في سلعة موصوفة يجوز ويثبت في الذمة ولا يدل على أن مُوجَب العقد في السلعة في الأصل هذا.

فإن قالوا: في صورة السلم لابد من الوصف، وفي مسألتنا تجوز عند الإطلاق.

قلنا: هذا الاختلاف إنما جاء من أن العلم بالمبيع شرط، وفي السلم لا يصير المبيع معلومًا إلا بالوصف، وفي مسألتنا يصير الثمن معلومًا بدون الوصف لأجل النقدية المعهودة حتى لو لم يصر معلومًا إلّا بالوصف لابد منه، وفي المبيع لو صار معلومًا بإطلاقه بأن كان في البلد سلعة معهودة لا تختلف ينصرف البيع إليه واستغنى عن الوصف.

وقولهم: «إن السلم جاز رخصة».

قلنا: وفي مسألتنا جاز الإطلاق رخصة.

وقولهم: «إن هناك تقدم نهي ثم تلاه إباحة ما».

قلنا: ذاك النهي عام في السلع والأثمان؛ لأن نهيه ـ صلى الله عليه ـ عن بيع ما ليس عند الإنسان كما يتناول السلع يتناول الأثمان والرخصة المذكورة وإن خُصّ السّلم بها، ولكن تتناول كل ما في معناه، وإطلاق الدراهم في جانب الأثمان مثل السلم في جانب السلعة معنىً.

فإن قالوا: إن السلم جاز للحاجة فأيّ حاجة إلى ترك التعيين في الدراهم؟



قلنا: البياعات لما عمت بلوى العامل بها سهل الشرع سبيل الوصول إليها من كل وجه ورفع الحرج والضيق عنها، وكل ما يؤدي إليه وفي تكليف تعيين الدراهم نوع ضيق وحرج، لأن الإنسان في العادة يدخل السوق فيهجم على سلعة مقصودة وإلى أن يحضر الدراهم تفوت فيلحقه ضرر وضيق في نقل الدراهم معه وحملها مع نفسه في عموم أحواله، فالشارع برأفته ورحمته رفع الحرج ودفعه وجوز الشراء بما في ذمته ثمنًا كما يجوز البيع من ذمته سَلَمًا.

ويقال: حاجة جاءت من عدمٍ أو غيبةٍ، وههنا أيضًا حاجة جاءت أيضًا من عدم أو غيبة إلا أن في صورة السلم اختص ذلك الاسم المخصوص، والعبرة بالمعنى لا بالاسم وبالحقيقة لا بالصورة.

فأما إيجاب قبض رأس المال إنما جاء من لفظ السلم، لأنه يقتضي التسليم، وليس لأن السلم رخصة، لأنه ليس كل ما كان ثبوته رخصة يزاد في شرطه لتتحقق رخصة.

وقوله: «إن المسلم فيه بقى مبيعًا».

قلنا: عندنا الثمن مبيع أيضًا، والمبيع ما يدخل تحت البيع وكل ما يُباع مبيعًا سلعةً كانت أو ثمنًا.

وأما فصل الاستبدال نقول: إذا كانت الدراهم معيّنة لا يجوز الاستبدال قولًا واحدًا، وإذا أطلق قولان، وأن سُلّم فيحال بجوازه على النص لا غير، وكم من أصلٍ تُرِكَ في موضع لنصٍ وَرَدَ فيه، فهذا من جملة ذلك.

وأما الذي اعتمدوا عليه من تفريق اللغة بين الاسمين، فلا يصلح

للاعتماد لأن التفريق في الاسم لا يدل على التفريق في الحكم، والعبرة بما يقوم عليه [٩٣/ب] الدليل.

ويقال لهم: ما قولكم إذا باع دراهم بدنانير أيّهما المبيع وأيُّهما الثمن؟ كذا إذا باع ثوبًا بعبدٍ فلابد وأن تقولوا في الصورة الأولى كل واحد منهما ثمن حقيقة مبيع صورة، ولا(١) وأن تقولوا في الصورة الثانية وهي بيع العبد بالثوب كل واحد منهما مبيع حقيقة، وأحدهما ثمن صورة وكذا في بيع الدراهم والدنانير فإذا جاز لهم إطلاق تسمية الثمن ظاهرًا على أحدهما في بيع الثوب بالجارية وإن كان مبيعًا حقيقة، وكذلك في بيع الدراهم بالدنانير جاز إطلاق اسم المبيع ظاهرًا على أحدهما وإن كان ثمنًا حقيقة جاز لنا أن نميّز أحد البدلين على الآخر في الاسم الظاهر وإن كان لا فرق بينهما حقيقة.

فإن قالوا: في بيع الدراهم بالدنانير لا مَبِيع وفي بيع الثوب بالجارية لا ثَمَنَ.

فمحال؛ لأن البيع لابد له من ثمنٍ ومبيعٍ.

ويمكن أن يقال: لما كان العقد يضاف إلى أحدهما بغير حرف صلة فيقال: بعتُ بكذا، ويوصل بالآخر بحرف الصلة ويقال: بكذا اشتريتُ بكذا ميزت اللغة بين الاسمين لهذا الافتراق، والأول في غاية القوة، هذا هو الجواب عن طريقتهم وهو على متن المذهب.

ويمكن أن يجاب بجواب آخر فنقول:

مُوجَب العقد ملك الثمن وله محلان فعند التعيين محله الدراهم المعيّنة

---

(١) كذا في المخطوط ولعله: «ولابد».

فإنه يملكها ثمنًا، وعند الإطلاق محله الذمة فكلاهما مُوجَب.

فإن قالوا: ملك العين أكمل من ملك الدين فلا يصلح كلاهما مُوجَبًا.

يبينه: أن أكمل الملكين إذا صار مُوجَبا كيف يزاحمه أنقصهما؟

قلنا: على هذه الطريقة نقول: الملك في الدَّين مثل الملك في العين وتتبين بالأحكام من محلية التصرف محلية الزكاة وحصول الغنى بالكل على وجهٍ واحدٍ، ويجوز أن يقال الملك في الدَّين أكمل؛ لأنه أبعد من التَّوَى والهلاك. وأما المسائل الإلزامية فهي لازمة وأعذارهم عنها ضعيفة وقد ذكرناها في التعليق واقتصرنا في هذا المواضع على تمشية المسألة من حيث المعنى، وفيه غُنية عن الأحكام، وإن أراد متمسك أن يتمسك بحكمٍ ليجعله عماد الكلام فليتمسك بالسلعة ويؤيد كلامه بالحنطة والشعير، ودعوى معنى الثمنية فيهما بعيد جدًا بل هما سلعة قطعًا، ووجوب المثل عند الإتلاف إنما كان لعدم التفاوت لا من حيث إنه ثمن بوجهٍ ما كالعدديات من البيض والجوز يجب بإتلافها أمثالها وهي سلعة قطعًا.

والطريقة الآخرة ففي مكابرة الإجماع[1]، وحرفها إن ادّعى أنهما بأعيانهما ليست أموالًا فجميع أحكام الشرع دالة عليه، وكذلك إطباق الناس على عدّها أنفس أموالهم وأعزّها، وان ادّعوا أنها أموال بمعانيها، كذلك جميع الأعيان في العالم، وعلى أن في أعيانها منفعة عظيمة وهي التزين والتحلي، ولهذا لو استأجر دراهم أو دنانير ليزين بها دكانه يجوز، فأشبه الجواهر والفصوص من هذا الوجه.

والله أعلم.

---

(١) شرح السنه للبغوى ١١٣/٨ وفيه حكاية اتفاقهم على تعينها في الغصب والوديعة.

❊ **(مَسْأَلَة)**[1]:

بيع العقار قبل القبض عندنا باطل[2]، وهو قول محمد بن الحسن من أصحابهم[3].

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ وأبي يوسف: يجوز[4].

❊ **لنا:**

حديث ابن عباس أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض، قال ابن عباس: «وأنا أرى كل شيء بمنزلته»[5] وهذا خبر ثابت.

وروى الأصحاب أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن بيع المبيع قبل

---

(١) قال النووي في المجموع: ٢٥٩/٩ قال ابن المنذر: «أجمع العلماء على أن مَنْ اشترى طعامًا فليس له بيعه حتى يقبضه، قال: واختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب:
أحدها: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في الطعام، قاله الشافعي ومحمد بن الحسن.
الثاني: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون قاله عثمان بن عفان، وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعي وأحمد وإسحاق.
الثالث: لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض، قاله: أبو حنيفة وأبو يوسف.
الرابع: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب، قاله: مالك وأبو ثور.
قال ابن المنذر: وهو أصح المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى» ا. هـ.

(٢) النكت: ورقة ١٣٦/أ، المجموع: ٢٥٢/٩، ٢٥٩، فتح الباري ٣٥٠/٤ النووي على مسلم: ١٦٩/١٠، الحاوي: ٢٢٠/٥.

(٣) مختلف الرواية ورقة: ١٥١/أ، الأسرار: ٩٢/٢/أ مراد ملا، إيثار الإنصاف ص٢٩٨.

(٤) مختلف الرواية ورقة: ١٥١/أ، الأسرار: ٩٢/٢/أ مراد ملا، إيثار الإنصاف ص٢٩٨.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٣٤٩/٤ مع الفتح، باب بيع الطعام قبل أن يقبض.
ومسلم في صحيحه: ١٦٨/١٠، ١٦٩ مع النووي، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.




القبض مطلقًا[١].

ورووا بطريق عتاب بن أسيد[٢] أن النبي صلى الله عليه لما بعثه إلى مكة قال: (انههم عن أربع: عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف)[٣].

واعلم أن الروايات فيما سوى الطعام ضعيفة، وفي الطعام صحيحة.

وقول ابن عباس: «وأنا أظن كل شيء بمنزلته» صحيح[٤].

وقد تمسك بعض أصحابنا: بنفس الخبر ولم يدع معنىً، وزعم أن النهي لعدم القبض من غير أن يُعقَلَ له معنى.

وعندي أن التمسك بالمعنى أولى لضعف الرواية إلا في الطعام، ويحتاج إلى بيان معنىً في منع بيع الطعام قبل القبض ليشارك فيه ما سواه على ما قال ابن عباس رضي الله عنه، ويكون تخصيص الطعام بالذكر؛ لأن السؤال وقع عنه أو ليدل به على ما سواه فنقول:

اليد ركن[٥] في بيع الأعيان فإذا لم توجد لا حقيقةً ولا حكمًا لم يجز،

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٢) عتاب بن أسيد بن أبي العاص بن أمية الأموي أبو عبد الرحمن أو أبو محمد المكي له صحبة وكان أمير مكة في عهد النبي ﷺ ومات في يوم مات أبو بكر الصديق فيما ذكر الواقدي؛ لكن الطبري ذكر أنه كان عاملًا على مكة لعمر سنة ٢١هـ، روي له أصحاب السنن، ينظر: التقريب: ص٢٣١.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٣١٣/٥، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام وقال: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي وهو منكر بهذا الإسناد» اهـ.

(٤) ينظر: حاشية رقم (١).

(٥) الركن: ركن الشيء وجانبه وأركان الشيء أجزاء ماهيته. ينظر: المصباح مادة ركن صـ٢٣٧.

والدليل على أن اليد ركن أن البيع تصرف في محل فلابد من التمكن من المحل لتتصرف فيه والتمكن باليد، ومع عدم التمكن لا يتصور تصرف ما، فإذا فاتت اليد [٩٤/أ] في مسألتنا فات التمكن، وإذا فات التمكن بطل التصرف.

والتحرير: فات ركن البيع فبطل البيع كما إذا كان المبيع منقولًا.

فإن قالوا: قد تمكن شرعًا بالملك من المحل فلا يطلب تمكن سواه، لأن التمكن باليد إنما يعتبر لتمكنه التسليم إلى المشتري، وفي مسألتنا قد تمكن من التسليم إلى المشتري، لأن المسألة مصورة في مثل هذا الموضع، وهو أن يكون المشتري متمكنًا من قبض العقار من البائع وتسليمه.

❁ **والجواب:**

أنا اعتمدنا في هذه الطريقة على أمر محسوس، وحرفنا: أن التصرف في المحل من غير مُكنة له في المحل محال غير معقول.

فإن ادّعوا أن التمكن ثبت شرعًا بالملك.

قلنا: لا نترك المعقول إلّا بدليل قاطع ولم يقم لهم دليل على أن الملك يقوم مقام التمكن، وهو مفقود حسًّا مع وجود الملك ثم نقول: الأصل هو اليد في التصرفات على ما سبق.

وأمّا الملك إنما اعتبر لزوال المانع الشرعي عن التصرف، وهذا لأن حق الغير ينتصب مانعًا من تصرفه مع وجود المُكنة له في المحل ويصير هذا التمكن كالمعدوم لأجل حق الغير، فاعتبر ملك المحل ليزول المانع من التصرف ولئلا يلتحق هذا التمكن الموجود حسًّا بالمعدوم.

وقولهم: إن المسألة مصورة فيما إذا كان متمكنًا من تسليم العقار إلى المشتري.

قلنا: لابد من ركن التصرف للمشتري عند التصرف فقد زال ركن التصرف عند وجود التصرف، وإنما على أصلكم تثبت اليدُ من بعد بالقبض ولا يجوز تصحيح التصرف بتمكنٍ يوجد من بعد التصرف، وإنما يجوز بتمكنٍ حال التصرف ولا يوجد إلّا باليد ولا يد، والاعتماد عندي على هذه الطريقة، وعامة الأصحاب تعلقوا بقياس العقار على المنقول(١).

وَمَنْ حقق منهم قال: إن الملك ناقص فلا يستفاد به البيع، لأن البيع أكمل التصرفات، ألا ترى أنه نقل بعوضٍ يُحصّله لنفسه.

والدليل على أن الملك ناقص غير تام، أن سببه البيع وهو غير تام.

والدليل على أن البيع غير تام قبل القبض انفساخه بهلاك المبيع قبل القبض وثبوت حق فسخه عند فوات شيء من أجزائه بالتعيّب.

ويدل عليه: أن الزيادة الحاصلة قبل القبض يقابلها الثمن وبعد القبض بخلافه، والفرق ما ذكرنا من المعنى وهو أن في أحد الصورتين حصلت الزيادة قبل تمام العقد فجعلت كالموجودة عند العقد، وفي الصورة الثانية وجدت بعد تمام العقد فلا يمكن أن يجعل كالموجود عند العقد، وبهذا الطريق انفسخ العقد بهلاك المبيع قبل القبض فإن العقد لما لم يتم حتى هلك المبيع جُعِلَ كأن العقد وَرَدَ على هالكٍ، وكذا في نقصان الجزء جُعِلَ كأن البيع وَرَدَ على معيبٍ.

---

(١) ومنهم الشيرازي في نكته: ورقة ١٣٦/أ.

وقد نص بعض أصحابهم على أن الصفقة لا تتم قبل القبض وتتم بعد القبض وبنوا على هذا مسائل:

وبهذا السبب قالوا: إن الرد بالعيب قبل القبض يجوز بغير قضاء ولا رضا وبعد القبض لا يجوز إلّا بقضاء أو رضا.

وقالوا: فيمن اشترى عبدين ووجد بهما عيبًا لا يجوز أن يرد أحدهما قبل القبض، ويجوز بعد القبض وعبّروا عن هذا وقالوا: إذا رَدَّ أحدهما قبل القبض فهو تفريق الصفقة قبل التمام فلا يجوز، وبعد القبض تفريق الصفقة بعد التمام فيجوز ويصير كما لو باع ابتداءً، وفي الصورة الأولى لما كان تفريق الصفقة قبل التمام يصير كما لو باع منه شيئين فقبل منه البيع في أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: الملك مطلق للتصرف حقيقةً وحكمًا.

أما الحكم: فبدليل العتق والنكاح فإنهما جائزان قبل القبض.

وأما الحقيقة: فلأن البيع إثبات الملك وإثبات الملك لا يستدعي إلّا أهلية الإثبات من المثبت، ووجود محلية الإثبات، وقد وجد في مسألتنا كلاهما.

واستدلوا في أن اليد غير مشروطة للتصرف بمسائل:

منها: إن التصرف في الدَّين جائز ولا يد فيه، ويعتمدون على هذه المسألة.

ومنها: التصرف في الأثمان والمهور جائز قبل القبض، وكذا الموروث والموصى به والمغصوب والمقبوض به على السَّوم وأمثال هذا.

قالوا: وأما دعوى نقصان الملك، لا يصح، لأن اليد ثمرة وبفوات الثمرة لا ينتقص الأصل كفوات الثمار من الأشجار لا يوجب نقصان الأشجار.

يبينه: أن العقد[1] بالإيجاب والقبول عن تراضٍ، وقد تَمّ هذا من المتعاقدين ولزم، ولا يعرف التَّمام إلّا بوجود مُوجَبه ولزومه، فمن ادعى أن العقد مع هذا لا يتم، فعليه الدليل.

وأما انفساخ [٩٤/ب] العقد بهلاك المبيع لم يكن لعدم تمامه، ولكن لأن المبيع ملك بملكٍ وتسليم بتسلمٍ وقد فات التسليم في المبيع ففات أيضًا فيما يقابله فإذا فات فيهما لم يبق للعقد فائدة فيبطل تسليم المبيع بتمامه، وكذا إذا تعيّب، إنما ثبت للمشتري حق الفسخ لا لعدم تمام البيع، لكن لأنه التزام تسليم المبيع بتمامه فإذا تعيّب فقد عجز عن تسليم ما التزمه فثبت للمشتري حق الفسخ.

قالوا: وعلى أنا إن قلنا أن الملك لم يتم فوجب أن لا يمتنع البيع به، كما لا يمتنع العتق به، وهذا لأن البيع إيجاب الملك فيوجب ما هو ثابت له فإن كان كاملًا يوجبه كاملًا، وإن كان ناقصًا يوجبه ناقصًا، كما أن العتق إسقاط فإن كان كاملًا يسقط كاملًا وإن كان ناقصًا يسقط بالعتق كذلك.

وقولكم: إن البيع أكمل التصرفات.

---

(١) العقد: يقال عقد البيع يعقده شدّه ووثقه. ينظر: القاموس مادة عقد ٣٢٧/١.

ليس كذلك، بل العتق أكمل منه، وهذا الفصل يشكل الطريقة الثانية جدًا.

قالوا: وأما المنقول فإنما لا يجوز بيعه قبل القبض لا لنقصان الملك بل لأنه بيع غرر وهو حرام، ومعنى الغرر إنه يجوز أن يهلك المبيع قبل القبض فيبطل العقد والاحتراز عنه ممكن بالقبض، ولأنه إذا هَلَكَ هَلَكَ على ملك البائع فيظهر أنه باع ملك الغير في المعنى.

وأما في العقار فلا غرر، لأنه لا يهلك.

وإن قلتم يهلك، فمحال، لأن المسألة مصوّرة في العقار الذي لا يتصور عليها الهلاك وهي الأرض البعيدة من الرمال والبحار، فإن تصوّر الهلاك فلا تكون هذه المسألة ونقول: لا يصح بيعه وتصوّر الهلاك في العقار بعيد جدًا بخلاف المنقول فإنه يتصور هلاكه وتعيّبه حتى لا يوقف عليه فيكون نظير الهلاك.

قالوا: ولا يلزم المُسلَم فيه على ما قلنا حيث لا يتصرف فيه وإن كان لا يهلك؛ لأن المنع من التصرف في المُسلَم فيه عدمه؛ وهذا لأن المسلم فيه بيع معدوم، والقياس أن لا يجوز إلّا أن الشرع جوّزه لعذر الحاجة؛ ولهذا كان رخصة، والعذر في العقد الأول فجعل المسلم فيه في العقد الأول بمنزلة الموجود حتى يصح السَّلم، ولا غرر في العقد الثاني؛ لأنه لا حاجة إليه فبقي على العدم في حقه فلم يجز لهذا. قالوا: وأما إذا اشترى طعامًا مكايلة فإنما لم يجز التصرف فيه قبل الكيل بالنص، ويجوز أن يقال إنما لم يجز؛ لأن القدر الذي يستحقه بالعقد لا يصير معلومًا إلّا بالكيل فلا يجوز العقد قبله.




۞ **الجواب:**

قولهم: «إن الملك مطلق للتصرف».

قلنا: بلى، ولكن الملك الكامل، فأما الناقص فلا، وأما العتق ممنوع على أحد الوجهين، وإن سلمنا على ظاهر المذهب فنفوذه لسرعة وقوعه وحصوله شرعًا، فلما أنه بنى على هذا في الشرع فاكتُفي فيه بالملك الناقص، وقد بيّنا وجه اعتراضهم على هذه الطريقة.

ويقولون: أيضًا مجرد اليد يكفي للبيع فكيف لا يكفي الملك الناقص؟ وصورته: إذا باع المكاتب من سيده شيئًا يجوز ولا يثبت إلّا اليد.

وكذا عامل القراض مع رب المال.

۞ **والجواب المعتمد:** أن الملك يمكّن من البيع شرعًا ومع المُكنة الشرعية لابد من المُكنة الحسّية وذلك باليد، وقد بينا أن الاكتفاء بالمُكنة الشرعية لا يجوز؛ وهذا لأن الأصل هو المُكنة الحسية في التصرفات وانضمام المُكنة الشرعية إليها لمعنى صحيح على ما سبق لا يجوز، وأما إذا كان غير قادر فلا يجوز.

ونحن ما ادّعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن إلى أن يكون مبطلًا اعتبار المُكنة الحسية التي هي الأصل، وليست هذه الطريقة هي طريقة اعتبار العجز عن التسليم في إبطال البيع لأنا لا ندّعي وجود العجز عن التسليم وإبطال البيع بهذا السبب فإنهم يقولون المسألة الخلافية فيما إذا كان يقدر على تسليم المبيع بأن ينقد الثمن في الحال ويقبض المبيع ويتسلمه.



وأما إذا كان غير قادر فلا يجوز.

ونحن ما ادّعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن اعتبرنا قاعدة المعقولة وهي: إن التصرف لابد من محلٍ والمحل لابد أن يكون تحت مُكنة المتصرف حتى يقبل تصرفه، فنحن على هذا المعقول المحسوس حتى يدل لنا دليل على إسقاط اعتباره.

وأما المسائل فلا تلزم على هذا الأصل.

أما العتق؛ لأنه إنما صح باعتبار أنه يتضمن القبض شرعًا.

وعندهم: العتق قبض بخلاف البيع، وأيضًا فإنه لما كان مبنيًا [٩٥/أ] على سرعة الحصول وعِلّية الوقوع جاز أن يكتفي فيه بالمُكنة شرعًا وإن لم يوجد حسًّا كما اكتفى بملك بعض المحل عن الكل وجعل كأن الكل مملوك له، كذلك ههنا بوجود بعض المُكنة جعل كأن المُكنة موجودة من كل وجه.

وأما الدَّين، فإنما يجوز التصرف فيه مع مَنْ عليه، ويجوز بمعنى الإبراء والإسقاط، ولا يكون بيعًا محضًا.

۞ **والجواب المعتمد** إن قبض الدَّين لا يتصور، وإذا قُبِضَ يكون عينًا لا دينًا فاكتفي فيه بالتمكن شرعًا، وهو الملك ضرورة بخلاف مسألتنا فإن اليد متصور.

وأما الأثمان والمهور: فنقول لا يجوز التصرف فيها قبل القبض.

وأما المغصوب والمقبوض على سوم البيع والموروث والموصى به



فهذه الأشياء في يده بطريق الحكم، أما ههنا لا يد أصلًا لا حكمًا ولا حسًّا؛ لأنها للغير وإن كان حق الغير لم يكن له، وأما العذر عن المنقول فليس بشيء؛ لأن ذلك الغرر موجود في نفس البيع الأول، ومع ذلك يصح وبيانه: أنه ما من عقدٍ يعقد إلّا ويجوز فيه هذا الغرر بأن يَهْلَكَ قبل القبض فيبطل العقد، واحتراز ممكن بأن يسلم إليه، ثم يبيعه منه، وعلى أنا ذكرنا المعتمد في المسألة ولا حاجة معه إلى كلام سواه فليكن اعتماد المناظرة عليه. والله أعلم.

※ (مَسْألَة):

وطء الثيب لا يمنع الرد بالعيب عندنا[1].

وعندهم: يمنع[2].

---

(١) المهذب: ٣٧٨/١ النكت: ورقة ١٣٨/ب، تكملة المجموع للسبكي: ٣٨٣/١١، روضة الطالبين: ٤٩٠/٣.
وهو رواية عن الإمام أحمد، ينظر: المغني: ٢٢٨/٦.
وبه قال مالك والليث بن سعد وأبو ثور، وعثمان البتي وهو رواية عن الإمام أحمد.
ينظر: الأشراف للبغدادي: ٢٦٩/١، المغني: ٢٢٨/٦، تكملة المجموع ٣٨٣/١١، شرح السنة: ١٦٤/٨.

(٢) الحجة على أهل المدينة: ٥١٨/٢، الأسرار: ١٠٥٤/٢/أ، المبسوط: ٩٥/١٣.
وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال الزهري والثوري وإسحاق. ينظر: المغني: ٢٢٨/٦.
فتبين من هذا أن اختلافهم على ثلاثة أقوال:
القول الأول: يردها ولا شيء معها وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية.
القول الثاني: لا يردها ولا يرجع بالأرش وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية.
القول الثالث: يردها ومعها أرش ولكن اختلفوا في مقدار الأرش: =




❋ **لنا:**

أن سبب الرد قد وجد مقرونًا بشرطه فوجب أن يرده.

دليله: ما قبل الوطء ونعني «بسبب الرد» هو العيب، ونعني «بشرطه إعادة المبيع إلى ملك البائع كما دخل في ملكه؛ وهذا لأن الوطء محض انتفاع ووجوده لا ينقص من عين الجارية ولا من قيمتها أما من عينها فلا إشكال فيه أصلًا، وأما من قيمتها فلأن المسألة في مثل هذا الموضع، فأما إذا صورنا نقصانًا من قيمته فعندنا يمتنع الرد.

يبينه: أن وطء الثيب يزداد الوطء مرة بعد أخرى وهو لا ينقص القيمة في العادات ونقصان القيمة يرجع في معرفته إلى عادة التجار وهم لا يعدون هذا نقصانًا.

يبينه: أن العادة جرت باستعلام المشتري حال الجارية أنها ثيب أو بكر ولم تجر العادة باستعلام عدد الوطآت من واحد أو من جماعة، والسبب أنهم إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطء وكثرته.

فثبت قطعًا أن الوطء لا ينقص من عين الجارية ولا من قيمتها فقد رد المبيع إلى البائع بالعيب الذي وجد به، كما اشترى فجاز له ذلك، وصار الوطء في هذا الموضع بمنزلة الاستخدام وهو لا يمنع الرد، فكذلك ههنا.

= ١) فقال الشعبي: يردها ومعها حكومة.

٢) وقال ابن أبي ليلى: يردها ومعها مهر مثلها.

٣) وقال شريح والنخعي: يردها مع نصف عشر ثمنها.

وقد ذكر المؤلف ﷺ هذه الآراء عند الجواب عن حجة المخالف.



۞ **وحجتهم:**

أنهم ادعوا إجماع الصحابة.

وقالوا: روي عن علي[١] وابن عمر[٢] أنهما قالا في هذه المسألة «لا ترد ويرجع بالأرش»[٣] كما[٤] ذهبنا إليه.

وعن عمر[٥] وزيد أنهما قالا: «ترد الجارية بالعيب ويرد معها إن كانت بكرًا عشر قيمتها وإن كانت ثيبًا نصف عشر قيمتها»[٦].

والاستدلال: أن الصحابة اتفقوا أن الوطء ليس بهدر بل هو معتبر.

وعندكم[٧]: هو هدر.

---

(١) رواه عن علي من قوله البيهقي في سننه: ٥/٣٢٢، ولفظه «لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها». قال البيهقي: وليس بمحفوظ. اهـ
ورواه محمد بن الحسن في كتاب الحجة: ٢/٥١٩ ـ ٥٢١.

(٢) ذكره في الأسرار: ٢/١٠٥/أ.

(٣) سبق تعريفه ١/٦٤٣.

(٤) أورد السبكي قول علي، وابن عمر في تكملة المجموع: ١١/٣٨٥، نقلًا عن المؤلف، وذكره الدبوسي في أسراره: ٢/١٠٥/أ.

(٥) رواه عن عمر من قوله البيهقي في سننه: ٥/٣٢٢، ولفظه «إن كانت ثيبًا رد معها نصف العشر وإن كانت بكرًا رد العشر».
وذكره أبو زيد في أسراره: ٢/١٠٥/أ.

(٦) رواه وكيع في أخبار القضاة عن إبراهيم عن شريح: ٢/٢٧٩.
وأورده الشيرازي في النكت ورقة: ١٣٨/ب.
وأورده السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٥، نقلًا عن المؤلف.
وذكره أبو زيد في أسراره: ٢/١٠٥/أ.

(٧) أي عند الشافعية.

يبينه: أنهم جعلوا الوطء بمنزلة الجناية[1]، فإن من يقول في هذه المسألة إن الوطء يمنع من الرد كذا يقول في الجناية.

ومن قال: إنه يغرم العُقر يقول في الجناية إنه يرد ويغرم الأرش.

ومن جهة المعنى:

قالوا: [واعتمدوا على أن الوطء في ملك الغير جناية بدليل إجماع الصحابة.

وبدليل أنه لا يخلو في دار الدنيا عن عقوبة أو غرامة مثل الجناية سواء.

ولأنه لا يستباح بالإباحة. وخرج على هذا الاستخدام فإنه غير نازل منزلة الجناية بدليل الحكمين عكسًا.

وأما قولنا: «إنه جناية إذا كان في ملك الغير»، فهو بناء على أن الرد بالعيب فسخ من الأصل][2]، ومعنى الفسخ من الأصل: إنه يجعل العقد كالعدم.

والدليل عليه: أنا أجمعنا على أنه يعود الملك إلى البائع ولا يعود الملك إلى البائع إلّا إذا انفسخ العقد من الأصل، ويصير كالمعدوم؛ لأن الفسخ ليس ببيع ينقل الملك إلى الغير إنما هو رفع عقد قد سبق فيكون عود الملك إلى البائع العقد من الأصل والتحاق العقد الموجود بالمعدوم.

يبينه: أنه إذا انفسخ بالعقد في الحال وبقي العقد إلى وقت الفسخ على

---

(١) المبسوط: ١٣/٩٥.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار مع بعض التصرف. ينظر: ٢/١٠٥/أ.



ما كان من قبل وحكمه الملك فوجب أن لا يرتفع الملك ؛ لأنه إذا بقي السبب فلابد أن يبقى حكمه.

ويدل عليه: أنه يعود الملك القديم بأحكامه حتى إذا ردّ على البائع بالعيب [٩٥/ب] يرد على بائعه، وهو دليل على انفساخ الملك من الأصل.

لأنه إذا لم يكن كذلك يكون ابتداء تمليك من البائع، وهذا لا يجوز ؛ لأن اللفظ غير صالح له من حيث إن نقضَ العقد لا يصلح لما يصلح له العقد، ولأنه إذا كان ابتداء تمليك وجب أن لا يرد على بائعه، كما لو اشترى منه.

وبعضهم قال: إن العقد مضى وانقضى فكيف يفسخ في الحال؟ وإنما جاز الفسخ للحاجة، وكان القياس أن لا يجوز فينصرف فسخ العقد إلى زمان العقد وهو الزمان السابق.

وأما في الحال فلا عَقْدَ حتى يفسخ، وإذا ثبت أن العقد ينفسخ من الأصل ظهر أن الوطء لاقى ملك الغير فيكون بمنزلة الجناية.

وقالوا أيضًا: إن منافع البُضع جعل بمنزلة الأجزاء حكمًا بدليل ما ذكروا في كتاب النكاح من فساد النكاح بالتوقيت وشرط التأبيد فيه مثل العقد على الأعيان، وبدليل استقرار العوض بوطأةٍ واحدة.

مثل عين يشتريها ويستوفيها يستقر به الثمن، ولأن منافع البُضع تضمن بالمال الكثير وهو الألوف إذا بلغ ذلك مهر المثل وضمان الأكثر ضمان الأجزاء دون ضمان المنافع ؛ لأنه لا يتصور أن تضمن منفعة ساعة بالألف

والألفين فدل أنها بمنزلة الأجزاء حكمًا ؛ وهذا لأن منافع البُضع في الشرع محترمة مشرّفة؛ لأنها سبب النسل في العالم فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء فإذا ثبت التحاقها بالأجزاء شرعًا فصار كأنه استوفى بعض الأجزاء وأراد الرد بالعيب وذلك لا يجوز كذا هذا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنها وإن التحقت بالأجزاء حكمًا إلّا أنها ليست بمال فحبسها لا يمنع الرد؛ لأنا نسلم أنها ليست بمال ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن، لكن لما كانت بمنزلة الأجزاء وصارت مستحقة بعقد البيع فحبسُها يمنع الرد.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا إذا اشترى جارية مزوجة ووطئها الزوج حيث لا يمنع الرد؛ لأن على الطريقة الأولى إنما ادّعينا أنه بمنزلة الجناية إذا صادف ملك الغير، وهناك بالرد بالعيب لا يظهر أن الزوج وطئ في ملك الغير، وعلى الطريق الثاني نقول: إن منافع البُضع وإن نزلت كالأجزاء حكمًا، لكنها غير مستحقة بالشراء إنما هي للزوج ونحن إنما منعنا من الرد؛ لأنا جعلنا المشتري بالوطء كأنه حبس بعض الأجزاء المبيعة، وهذا لا يوجد في مسألة الإلزام.

قالوا: ولا يدخل على هذا العذر إذا كانت الجارية بكرًا ووطئها الزوج؛ لأن جلدة البكارة غير مستحقة للزوج فإنها عين حقيقة، والنكاح محلها منافع جعلت أجزاء حكمًا لا أجزاء حقيقة، إلّا إن تلك الجلدة تتلف ضرورة، وإذا كانت مستحقة بالشراء فإذا وطئها الزوج فلم يرد المبيع على البائع كما دخل في ملكه فلم يجز.

قالوا: ولا يلزم البائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض حيث لا يثبت الخيار للمشتري؛ لأنا لا نسلم عدم ثبوت الخيار للمشتري بل يثبت، وإن سلمنا فلأنا جعلنا منافع البُضع في حكم العين، ولو أن الجارية المبيعة ولدت ولدًا عند البائع فَقَتَلَ ولدها، فإنه لا يثبت خيار للمشتري، كذلك جعلنا هذه المنافع في حق المشتري بمنزلة الولد، ولو قَتَلَ المشتري الولدَ ثم أراد رد الأصل بالعيب لم يملك، كذا ههنا.

واعتذر أبو زيد وقال[1]: إنما جعلنا الوطء بمنزلة الجناية إذا صادف ملك الغير والوطء قبل القبض في حكم ملك البائع؛ لأنه تصرف من التصرفات ولا ينتقل ملك التصرفات إلى المشتري إلّا بالقبض فبقي على ملك البائع فلم يجز أن يجعل جناية بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: ولا يلزم إذا اشترى جارية وافتضها ووطئها بغير إذن البائع ثم استردها البائع ليحبسها بالثمن ثم إن المشتري وَجَدَ بالجارية عيبًا، منعوا جواز الرد.

قالوا: لا يجوز أن يرد بالعيب، وقالوا: ولا يتأكد على المشتري شيء من الثمن بهذا الفعل؛ لأنا وإن جعلنا منافع البُضع بمنزلة الأجزاء لكنها ليست بمالٍ فقد احتبس عند المشتري بما ليس بمالٍ فلا يقابله شيء من الثمن.

وبهذا الطريق نعتذر عن مسألة المرابحة حيث يجوز أن يبيع الجارية مرابحة، وإن كان قد وطئها؛ لأنها لم تكن مالًا فلم يمنع بيع المرابحة؛ لأن

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٠٥/أ.

بيع المرابحة مبناه على الأمانة فمتى لم يحتبس عنده شيء هو مال ولا شيء يقابله الثمن فلم توجد منه الجناية فجاز البيع مرابحة وليس يدخل على هذا العذر إذا كانت الجارية بكرًا فوطئها أو جنى على الجارية حيث لا يجوز البيع [٩٦/أ] مرابحة[١]؛ لأن في هاتين الصورتين فات منها جزء حقيقة وهو مال يقابله بعض الثمن فيلزمه أن يبين أنه فات بعض ما يقابله الثمن حتى ينتفي عنه اسم الجناية. واعتذروا عن الطريق الأول من مسألة المرابحة، وقالوا إنما ادّعينا أن الوطء كالجناية حكمًا إذا وجد في غير الملك وطريق وجوده في غير الملك انفساخ العقد من الأصل عن الرد بالعيب، وهذا لا يوجد في فصل المرابحة؛ لأنه لم يوجد رد يفسخ العقد من الأصل حتى يصير الوطء جناية إنما وجد بيع مبتدأ فبقي الوطء في الملك على ما وقع فلم يمكن تنزيله منزلة الجناية، إلى هذا الموضع انتهت الطريقة والتخريجات، وفي غاية الإمكان؛ لأن المسألة في نهاية الإشكال عليهم.

وقد تعلق كثير من مشايخهم بقولهم: إن الوطء عيب في المعقود عليه في حق البائع لاستنكافه عنه وتعيّره، والمعتبر لحوق الضرر في الاستمتاع بالجارية مدة مديدة ثم ردها على البائع واسترداد جميع الثمن ضرر عظيم على البائع، والرد بالعيب لدفع الضرر، والضرر لا يدفع بالضرر.

۞ الجواب:

أما دعوى إجماع الصحابة، دعوى باطلة، [وقد جهدتُ أن أجدَ ما

---

(١) بيع المرابحة: أن يبيعه بالثمن وربح معلوم كأن يقول مثلًا رأس مالي فيه مائه بعتكه به وربح عشرة. ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٦٠/٣.

قالوا وحكوا في كتابٍ يعتمد عليه فلم أجدْ إنما هو حكاية طلبة العلم من التعلقيين ومبتغي السَّواد على البياض][1]، ثم دعواهم إن الخلاف بينهم في الجناية مثل الخلاف في الوطء وضع ما لا أصل له على ما لا أصل له، نعم؛ قد ذكر أهل المعرفة بالاختلاف والإجماع ما حكوا عن عمر وزيد عن شريح والنخعي[2]، وحكوا عن الشعبي أنه يردها ويرد معها حكومة[3].

وعن ابن أبي ليلى أنه يردها ويرد معها مهر المثل[4].

وحكوا عن الحسن البصري أن الجارية لازمة له لا يردها ولا يرجع بشيء[5].

وحكوا عن ابن سيرين والزهري مثل قول أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه[6].

قالوا: ويروى هذا القول عن علي ـ عليه السلام[7]. فأين الإجماع الذي ادّعوه والأمر على هذا السبيل [ولم يروَ عن أحدٍ من الصحابة سوى علي ـ رضي الله عنه؟

---

(١) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع: ٣٨٦/١١ عن المؤلف.

(٢) رواه وكيع في أخبار القضاة عن إبراهيم عن شريح: ٢٧٩/٢.
وذكره الشيرازي في النكت ورقة ١٣٨/ب فقال: «ما قالوا عن عمر فهو عن شريح».
وذكره السبكي في تكملة المجموع ٣٨٣/١١ قال: «وهو قول شريح والنخعي وقتادة، وروى من طريق الشعبي عن عمر» اهـ، قال في المغني: وهو قول شريح والنخعي»: ٢٢٨/٦.

(٣) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ٣٨٣/١١، وابن قدامة في المغني: ٢٢٨/٦.

(٤) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ٣٨٣/١١، وابن قدامة في المغني ٢٢٨/٦، والبغدادي في إشرافه: ٢٦٩/١، والدبوسي في أسراره ١٠٥/٢/أ.

(٥) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ٣٨٣/١١، قال: «لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وهي رواية عن علي بن أبي طالب...» اهـ.

(٦) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ٣٨٣/١١، وابن قدامة في المغني: ٢٢٨/٦.

(٧) قال قي المغني: «ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه» ا. هـ: ٢٢٨/٦.

وأصحابنا حكوا عن زيد مثل مذهب الشافعي[1]، ولا يصح][2].

وعلى أنه يقال لهم قد رويتم عن عمر وزيد ـ رضي الله عنهما ـ أنه يرد الجارية ويرد معها الأرش، على ما حكيتم، فنحن أخذنا بقولهما في أصل الرد وتركنا الباقي بالإجماع.

وأما دعواهم أنه بمنزلة الجناية:

في نهاية البعد ولا مشابهة بين الجناية والوطء بحال خصوصًا إذا كان في الملك.

وَمَنْ ادعى أن الوطء الحلال بمنزلة جناية محرمة يرتكبها العبد فقد أبعد غاية الإبعاد.

وقولهم: «إنه لا يخلو عن عقوبة وغرامة ولا يحل فيه البذل والإباحة».

فذلك لشرف البُضع وخطره، وليس كما زعموا.

وقولهم: «إن الرد بالعيب يفسخ الملك من الأصل».

ليس كذلك، بدليل أنه لا تسقط به الشفعة، ولو انفسخ من الأصل لسقط، ولأنه لو باع عبدًا بجارية واعتق الجارية ثم رد عليه العبد بالعيب لم يبطل العتق، ولو انفسح من الأصل لبطل، ولأن البائع لو رضى بالرد عليه جاز، ولو صار الوطء كالحاصل في ملكه لم يصح رضا البائع به،

---

(١) قال الشيرازي في النكت: «وروي عن زيد مثل قولنا» اهـ، ورقة ١٣٨/ب.

(٢) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٦ عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة.



وهذا معتمد.

وأما الحقيقة: أن الفسخ يلزم زمانه كالعقد يلزم زمانه فَمَنْ ادّعى عوده إلى زمانٍ سابقٍ فقد ادّعى قلب الحقيقة فلابد من دليلٍ شرعيٍ قطعي يردنا عن هذه الحقيقة، وأما عود الملك إلى البائع فهو لضرورة الإقالة، فإنه لابد لها من فائدةٍ، وفائدتها عودة الملك إلى البائع؛ وهذا لأنهما قصدا بالإقالة إعادة كل واحد منهما إلى ما كان عليه قبل العقد في الحكم المطلوب بالعقد لا في غير العقد إذ ليس لهما غرض في عين العقد وُجُودًا وعدمًا، وإنما المقصود هذا الحكم الثابت بالعقد فثبت بالعقد وانتفى بالفسخ ثم إنما ينتفي بقدر الإمكان وذلك نفيُه في زمان الفسخ، فأما نفيُه في الزمان السابق محال.

وقولهم: «إنه يعود ذلك الملك بحكمه».

قلنا: بلى، ولكن من زمان الفسخ لا من قبل.

وقولهم: «إن العقد مُنقضٍ».

قلنا: لا، بل هو قائم ولولاه ما صح الفسخ، ونعني «بقيامه» قيامَه حكمًا، وإذا لم ينفسخ من الأصل لم يظهر وجود الوطء في غير الملك، ولئن سُلّم لهم إن الرد بالعيب يوجب فسخ الملك من الأصل فإنما ذلك في ملك قائم، فأما في منافع استوفيت وتلاشت فمحال؛ ولهذا لا يسقط إحصانه، ونظير هذا لو وَهَبَ رجل لابنه جارية فوطئها ثم رجع الأب، وعندهم في الأجنبي يكون هذا رجوعًا في العين المملوكة لا في المنافع المستوفاة [٩٦/ب] حتى لا يسقط إحصان الواطئ ولا يجب عليه شيء، فكذلك إذا وطئ الزوج المرأة وهو غير كفؤٍ ثم إن الأولياء فسخوا العقد.

فإن قالوا: لا يسقط الإحصان؛ لأنه لم يقصد الوطء في غير الملك.

قلنا: فقولوا ليس بجناية؛ لأنه لم يقصد في غير الملك، وإلّا فما الفرق؟ وهذا الجواب على تسليم أصل كلامهم، جواب معتمد.

قولهم: «إن المنافع جعلت بمنزلة الأجزاء حكمًا».

قلنا: ليس كذلك، بل هي منافع على ما خَلَقَها عليه خالقها حقيقة، والذي ادّعوا قلب الحقيقة ولا يصح إلّا بدليلٍ شرعي، ويردنا عن هذه الحقيقة كما ذكرنا في الفصل الأول.

وقد أوجبنا عن دلائلهم في كتاب النكاح فَشُرِطَ التأبيد ليتوفر على النكاح مقاصده، وتأكيد الصداق بالوطء الواحد لضرورة تعذر التوزيع، وكأنه لا يمكن تأخير تأكيد الصداق إلى أن يستوفى جميع الوطآت؛ لأنه لا يكون إلّا بعد الموت، وفيه إضرار عظيم بالمرأة، وأما تقوّم منافع البُضع بالمال الكثير فلشرفها وحرمتها، ولأنه لما جاز أن يضمن بالعضو الصغير الحقير بالمال الخطير بحرمة له شرعًا أو حقيقة لِمَ لا يجوز مثل هذا في المنافع؟ فليس ما قالوه بشيء، وإن سُلّم لهم أن منافع البُضع بمنزلة الأجزاء حكمًا فليست بمال، ولا في مقابلتها مال، فاحتباسها عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب.

فإن قالوا: إنما منع الرد؛ لأن شرط الرد يفوت وهو إعادةُ الجملة إلى يد البائع كما أخذ.

قلنا: الشرط أن يعيد إلى البائع ما تناولَه العقد، وإذا لم يكن مالًا ولا



في مقابلتها مال لم يتناولها العقد.

قالوا: يتناولها العقد بيعًا وإن لم يتناولها العقد مقصودًا؛ وهذا لأنه قائم بالأصل ضرورة فيتبعه ضرورة.

قلنا: البيع عقد مال بمالٍ فما ليس بمالٍ لا يتناوله العقد لا مقصودًا ولا تبعًا بخلاف الأطراف فإنها أموال تابعة للأصول فتتبعها في عقد المال.

يبينه: أن المانع من الرد بالعيب هو العيب وعيب المال نقص بالمال فإذا لم تكن المنافع مالًا فكيف يتصور نقصان المال وتعيّبه بفواتها واستيفائها؟

ويمكن أن يقال أيضًا إن هذه المنافع وإن كانت أجزاء حكمًا فهي أجزاء حاصلة حادثة بعد القبض وهلاك الأجزاء الحادثة بعد القبض متى توجب تعيّب الأصل؟

وهذه الطريقة تنخرق بهذه الكلمات خرقًا لا يقبل الرقع.

والجواب على التسليم معتمد.

وقد استغنينا عن التمسك بالمسائل الإلزامية على أصولهم، وإن كانت في نهاية الإشكال عليهم.

والتخريجات التي قالوا ضعيفة عند التأمل جدًا.

فأما الطريقة الأخيرة «وهي قولهم: إن وطء الثيب عيب في حق البائع لمعنى الأَنَفَة».

فليست بشيء؛ لأن جعل الشيء عيبًا في حق شخصٍ دون شخصٍ لا

يعرف، وأيضًا فان الأَنَفَة مُطّرحة عند مقابلتها بالشرع؛ لأنها من رعونات الطبع وتسويلات النفس، ومثل هذا لا يبتنى عليه حكم شرعي، وقد توجد مثل هذا الأَنَفَة في صور:

من تجريد جارية والنظر إليها مقبلة ومدبرة، وارتكاب فاحشة من غلام قد اشتراه، وغير ذلك، ومع ذلك لا يمنع الرّد بالعيب، كذا هاهنا. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

الزوائد المنفصلة الحاصلة من المبيع بعد القبض لا تمنع الرد بالعيب عندنا[(١)].

وعندهم: تمنع[(٢)].

ولا خلاف أنها لا ترد مع الأصل.

لنا:

أن سبب الرد موجود، ولا مانع من الرد فيرد، وإنما قلنا «لا مانع» لأنه يرد جميع المبيع ولم يحبس شيئاً منه، ولو كان ههنا مانع لكان المانع احتباس شيء من المبيع ولم يوجد.

(١) النكت: ورقة ١٣٧/ب، المهذب ١/٣٧٧، وهو قول الحنابلة والمالكية. ينظر: المغني: ٦/٥٥٠، الإشراف للبغدادي: ١/٢٦٨.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/٣٢٤٧، المبسوط ١٣/١٠٤، إيثار الإنصاف: ص٢٥٥.




وإنما قلنا: «لم يحتبس شيء من المبيع» لأن المبيع إما أن يعرّف بحقيقة البيع أو بحكمه، فإن عرّف بحقيقته فلم يوجد في الزيادة لأن البيع هو الإيجاب والقبول في مالٍ بمالٍ وهذه الزوائد حدثت بعد وجود البيع فلم يتصور أن يكون مبيعًا حقيقة، وإن عرّف بحكمه فحكمه ملك مال بالعقد بإزاء مالٍ يقابله.

وهذه الزيادة ما مُلِكَتْ بالعقد إنما مُلِكَتْ بملك الأصل ولا عوض يقابلها، فدل أن الزوائد ليست بمبيعةٍ بوجهٍ ما، وإذا كان كذلك فاحتباسها عند المشتري لم يكن مانعًا من رد الأصل، وأشبه هذا الكسب فإنه لا يمنع رد الأصل للمعنى الذي بيّنا كذلك هذا.

۞ أما حجتهم:

قالوا: الولد مبيع فلا يجوز رد الأصل بدونه.

دليله: سائر أجزاء المبيع، وإنما قلنا: «إنه مبيع»، لأن أصله مبيع فيكون الولد مبيعًا أيضًا، هذا لأن الفروع على مثال الأصول وإذا كانت الأصول مبيعة فلابد وأن تكون الفروع مبيعة، ألا ترى أن الأصول إذا كانت مملوكة كانت [٩٧/أ] الفروع مملوكة وإذا كانت الأصول غير مملوكة كانت الفروع غير مملوكة.

وربما يعبّرون عن هذا فيقولون: معنىً ثبت في المحل ثباتًا مؤكدًا فوجب أن يسري إلى الولد بمنزلة الملك، وكذلك حق العتاق في أم الولد، وكذا الكتابة والتدبير[1].

---

(١) ينظر: المبسوط: ١٣/١٠٤، بدائع الصنائع ٧/٣٢٤٧.

قالوا: وقولكم: «إن حقيقة البيع لم يجر عليه»، بلى، ولكن جرى على أصله، وهذا متولد منه فيسري إليه صفة المبيعيّة كسراية صفة الملك، والاستيلاد، والكل أوصاف المحل فإذا جازت السراية في وصف جازت في سائر الأوصاف.

قالوا: وقولكم: «إن المبيع ما يملك بالعقد في مقابلة عوض».

قالوا: هذه الزوائده مملوكة بالعقد إلّا أن الأصل يُملك بغير واسطة والزوائد تُملك بواسطة ملك الأصل، ولئن قلنا إنها غير مملوكة بالعقد فأصلها مملوكة بالعقد، ونحن إنما ندّعي أن الولد مبيع تبعًا لا أصلًا.

ويكفي في إثبات المبيعية تبعًا أن يكون الأصل مملوكًا بالعقد وإن لم يكن الفرع في نفسه مملوكًا بالعقد، وبهذا الوجه اعترضوا على فصل الضمان، وقالوا: إن الولد لما كان مبيعًا تبعًا لم يقابلها الضمان، وهذا كالأطراف فإنه لا يقابلها ضمان، لأنها مبيعة تبعًا لا أصلًا، وهذا مثل سائر أوصافها لا يقابلها الضمان لهذا المعنى.

وكذا قالوا: في الولد الحاصل قبل القبض إلّا إنه إذا قَبَضَ الولد أَخَذَ حكم الأصلية في الضمان، لأنه صار مقصودًا في القبض وهو يأخذ شبهًا من العقد فقوبل بالضمان.

وكذلك قالوا: في الأطراف إذا قطعت يقابلها الضمان، لأنها صارت مقصودة بالقطع وصارت أصولًا باعتبار هذا الفعل.

فأما في مسألتنا فإنه إذًا ولد المبيعة بعد القبض فهو تبع من كل وجه



ولا يقابله عوض بحال، لأن حكم الضمان انتهى بالقبض على معنى إنه تأكدت المقابلة بالضمان تأكدًا لا يقبل التغيّر والبطلان فلهذا لم يقابله ضمان إلّا إنه مبيع على ما سبق بيانه فلم يجز رد الأصل بدونه، ولم يجز أيضًا أن يرد مع الأصل، لأنه تبع فلا يجوز أن يجعل أصلًا في حكم الرد ولو رد مع الأصل لصار أصلًا مع أصله أعني في الرد، وليس كما لو هلكت الزوائد، لأنها صارت بالهلاك كأن لم تكن فجاز رد الأصل كما لو لم تحدث هذه الزوائد أصلًا، ولو استهلكت الزوائد لم يرد الأصول، لأنها صارت أصولًا في فعل الاستهلاك فلم يجز رد الأصل بدونها.

وقالوا على وجهٍ آخر: وهو الولد مبيع من وجهٍ وليس بمبيعٍ من وجهٍ، وإنما قلنا: «مبيع من وجهٍ» لما قلنا، وإنما قلنا «ليس بمبيعٍ» لما قلتم، فإذا كان مبيعًا من وجه فإذا رد الأصل بقي ما هو مبيع من وجهٍ في ملكه بغير عوض، والمبيع من غير عوض ربا والربا حرام، وشبهة الربا محرمة مثل حقيقة الربا، فإذا كان الولد مبيعًا من وجهٍ وقد سُلّم له بغير عوض فصار ربا من هذا الوجه ووجود الربا كافٍ[1] في إثبات الحرمة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن قبل الرد أيضًا سالم بغير عوض، لأنه قبل الرد يسلم الولد تبعًا حين يسلم تبعًا، وإذا رد الأصل وبقي الولد له يسلم حين يسلم أصلًا وهو بغير عوض غير جائز كما ذكرنا.

قالوا: ولا يلزم الكسب، لأنه ليس بمبيعٍ بوجهٍ ما، لأنا إنما جعلنا الولد مبيعًا بسبب الجزئية، وهذا لا يوجد في الكسب، والدليل على الفرق أن ولد

(١) في المخطوط: كافي.

أم الولد يسري إليه حق الاستيلاد بخلاف الكسب.

قالوا: وليس كالعُقر[1] الواجب بالوطء بشبهة حيث يلحق بالولد ويمنع رد الأصل، لأن العُقر بدل منافع البُضع، وهي بمنزلة الأجزاء كما سبق فصار كأرش[2] الطرف بخلاف الغلة فإنها بدل سائر المنافع وهي غير منزلة منزلة الأجزاء، إلى هذا الموضع انتهت طريقتهم المعتمد بالتخريجات والاحترازات.

وقد قال مشايخهم: إن الولد مُوجَب العقد فلا يجوز أن يرد الأصل وَيَسْلَمَ له مُوجَب العقد، كما لا يجوز أن يرد المبيع ويسلم له الملك أو اليد، والدليل على أن الولد مُوجَب العقد أن رجلًا لو باع جارية من إنسان فولدت ولدًا ثم أُستحقت الجارية وَضَمَّنَ المستحقُ المشتري قيمة الولد فإنه يرجع بقيمة الولد على البائع، وإنما يرجع لأنه مُوجَب العقد وقد ضمن البائع للمشتري سلامة مُوجَب العقد له فإذا لم يسلم إلّا بعوض يرجع بالعوض الذي أُخذ منه على البائع.

❁ **الجواب:**

أما دعواهم: إن الولد مبيع ففي نهاية البعد على ما سبق بيانه.

وقولهم: «إن الولد جزء من المبيع فيكون مبيعًا».

قلنا: إثبات الجزئية بعد الانفصال لا يمكن، والكلام فيما بعد [٩٧/ب]

---

(١) العُقر: هو «تعاطاه المرأة إذا وطئت بشبهة لأن الوطء في الإسلام لا يخلو عن عَقر أو عُقر» حدٍا أو مهر.
ينظر: الدر المختار ٣/١٦٠.

(٢) سبق تعريفه: ١/٦٤٣.



الانفصال فأما الولد قبل الانفصال فربما نقول إنه مبيع فيما إذا اشترى جارية حاملًا ويقابله بعض الثمن.

يبينه: إن العلماء اختلفوا في الولد قبل الانفصال أنه جزء أم لا؟ ولا خلاف بعد الانفصال إنه ليس بجزءٍ.

وقولهم: «إن الفرع يكون على وِفاق الأصل».

قلنا: هو بعد الانفصال أصل مثل أصله فلا يكون من ضرورته أن يكون مبيعًا كالأصل.

وقولهم: «إنه معنى ثبت في المحل ثباتًا مؤكدًا فوجب أن يسري إلى الولد».

قلنا: سراية البيع غير متصور، لأن البيع عبارة عن فعل فاعلٍ في محلٍ، ومتى وجد الفعل من الفاعل في محلٍ كيف يسري ذلك الفعل إلى الولد الذي ينفصل عنه؟

فإن قالوا: وَجَبَ أن تسري صفة المبيعية.

قلنا: القول بالسراية غير ممكن لما بينا أن المبيع ما يملكه بعقد البيع بعوضٍ يقابله وهذا لا يتحقق في الولد بحال.

وقولهم: «إن الولد يُملك بعقد البيع بواسطة ملك الأصل».

قلنا: هذا إنما يعتبر أن لو كان ملك الأصل غير مستقل بإثبات الملك في الزوائد الحاصلة منه بواسطة، وملك الأصل كافٍ[1] في إثبات المُلك في

---

(١) في المخطوط: كافي.

الزوائد فلا يتعدى منه إلى التعلق بالسبب والذي اعتمدنا عليه في نفي المبيعية بنفي العوض في مقابلته في غاية القوة.

وقولهم: «إنما ثبتت المبيعية تبعًا».

ليس بشيء، لأنه إنما يمكن ذلك أن لو كان موجودة عند البيع تبعًا ولما إذا لم يكن موجودًا عند البيع لا أصلًا ولا تبعًا، فكيف يمكن؟ وبهذا فارق الأطراف، لأنها موجودة عند البيع تبعًا فكانت مبيعة تبعًا.

وقولهم: «إنه انتهى الضمان بالقبض».

قلنا: إذا انتهى الضمان بالقبض وَجَبَ أن تنتهي المبيعية أيضًا لأنه لا يوجد مبيع لا يقابله ضمان الثمن بحال.

وأما قولهم: «إنه مبيع من وجهٍ لا من وجهٍ».

قلنا: لا نسلم، بل ليس بمبيع بوجهٍ ما على ما سبق، وعلى أن الذي قالوا إن المبيع بغير عوض ربا فاسد اعتباره في هذه المسألة لأن فوات العوض المقابل إنما يكون ربا إذا كان في ابتداء العقد، وأما إذا كان في حال البقاء فلا، ألا ترى أنه يجوز أن يبرأ عن العوض وإذا أُبرئ عن العوض فقد سَلِمَ له المبيع بلا عوض، ولكن لما لم يكن في ابتداء العقد لم يؤثر، وعلى أنه يُبطل ما قبل الرد فإنه سالم بلا عوض ولا يكون ربا.

وقولهم: «إنه سلم تبعًا».

قلنا: وبعد الرد لا يصير أصلًا بل هو باقٍ[١] على التبعية إلا إنه تابع

(١) في المخطوط: باقي.



لمبيعٍ سبقت له المبيعية.

وإذا بيّنا الجواب عن معانيهم لم يبق إلّا تعلقهم بالمملوكية وأم الولد والمدبرة إذا ولدتا ولدًا يكون الولد مثلهما ولا نسلم إلّا في هاتين المسألتين.

فأما ولد المدبرة لا نسلم إنه يكون مدبرًا، وكذا ولد المكاتبة لا يكون مكاتبًا حتى لا يسعى على النجوم، وإنما يعتق الأولاد مع المكاتبة، لأن عقد الكتابة اقتضى استحقاق الاكتساب والأولاد واستحقاق الأولاد كذا يكون بأن يعتق مع عتق المكاتب.

ويقال لهم على ولد المملوكة وأم الولد: لما ثبت فيهما حق الملك وحق الاستيلاد ثبت مثل ما يثبت في الأصل، فلو ثبت صفة المبيعية للولد لثبت على الوجه الذي ثبت في الأصل وبالإجماع لا يثبت على ذلك الوجه؛ بدليل أنه لا يقابله الثمن فسقط التعلق بالمسألتين جدلًا من هذا الوجه.

والجواب من حيث التحقيق: أن صفة الملك إنما تثبت في الولد ضرورة، لأن المملوكية والحرية صفتان للأصل لازمتان للمحل لا يتصور خلو المحل عن إحدى هاتين الصفتين، فإذا ولدت المرأة ولدًا فلابد أن يثبت للولد إحدى هاتين الصفتين وإن كانت الأم حرة ترجحت صفة الحرية، وإن كانت الأم رقيقة ترجحت صفة المملوكية، لأنها صفة أصله الذي خُلِقَ منه، وبهذا الطريق أثبتنا هذه الصفة للولد لا بالوجه الذي قالوه، وهذا لا يوجد في صفة المبيعية، لأنها ليس بصفةٍ لازمةٍ للمحل، لأنه يجوز أن يخلو المحل عنه، إنما هي صفة للمحل بعارض دليلٍ وهو البيع، وقد وجد ذلك في الأم لا في الولد فصار الولد مملوكًا لا بصفة المبيعية.

والحرف: أن صفة المبيعية زيادة على صفة المملوكية بعارض فعلٍ يجوز أن تخلو المملوكية عنها.

وكذا الجواب عن أم الولد، لأن الاستيلاد لا يسري إنما يسري حق العتق، وهذا الحق في المحل نزل منزلة حقيقة العتق في بعض الأحكام، فهو أيضًا صفة لازمة للمحل.

فإن قالوا: وجب أن تقولوا بكون أم الولد مملوكًا لا حق له في العتق.

قلنا: قد بينا أنه قد نزل حق العتق منزلة حقيقة العتق في الاستحقاق فترجحت هذه الصفة على غيرها لكون الأصل على هذه الصفة، وصارت كحرة ولدت ولدًا.

وتمسك الأصحاب [٩٨/أ] بفصل الكسب، وفرقهم واضح جدًا إذا استشهدوا بأم الولد.

وقولهم: «إن الولد مُوجَب العقد».

قلنا: قد ذكرنا إنه فرار من الزحف لا إلى فئة، ولا تعرف عين لا تكون مبيعة وتكون مُوجَب البيع، وفصل الرجوع بقيمة الولد إنما كان بالغرور الحاصل بالبيع لا بما قالوه على ما عرف.

والله أعلم



※ (مَسْأَلة):

التصرية[1] سبب مثبتة للرد عندنا[2].

وعندهم: ليست بسبب الرد بحال[3].

وتفاصيل المذهب معروف، ولا معنىً للاشتغال بها.

❖ **لنا:**

حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (لا تصروا الإبل ولا الغنم، فمن ابتاعَها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا[4] إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها ورد معها صاعًا من تمر)[5].

---

(١) التصرية: قال الخطابي في المعالم: «قال الشافعي: التصرية: أن تربط أخلاف الناقة والشاة، وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرًا ويزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها فإذا حلبها بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها وهذا غرور للمشتري». ينظر: المعالم: ٣/٧٢٢.

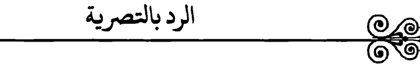
(٢) النكت: ورقة ١٣٧/أ، المهذب: ١/٣٧٤، روضة الطالبين ٣/٤٦٧، تكملة المجموع للسبكي: ١١/١٨٧، ١٨٨، النووي على مسلم: ١٠/١٩٧، معالم السنن: ٣/٧٢٢، شرح السنة للبغوي ٨/١٢٥.

وهو قول الحنابلة والمالكية، المقنع: ٢/٤٢، ٤٣، الإفصاح: ١/٣٤٥، قال في المغني: «روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم...» ا. هـ ٦/٢١٦. المنتقى للباجي: ٥/١٠٤، الإشراف للبغدادي ١/٢٦٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢/٧٠٧.

(٣) الأسرار: ورقة ٢/١٠٦/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١٣/٣٨، كشف الأسرار: ٢/٣٨١.

(٤) هذه اللفظة ليست في البخاري بل في مسلم.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٣٦١، مع الفتح، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، ومسلم في صحيحه: ١٠/١٦٠، ١٦٦ مع النووي، باب حكم التصرية. =



والخبر في الصحيح، ولا تأويل لهم للخبر أصلًا، لأنه مُفَسّر مُفَصّل في محل الخلاف، واعلم أنهم اضطروا في الاعتراض على تعلقنا بهذا الخبر بما يشبه الطعن على أبي هريرة، وقالوا: إنه كان متساهلًا في الرواية ولم يكن فقيهًا فلا يُقدمُ الخبر الذي يرويه على القياس الجلي[١].

وألحقوا أنس بن مالك وجابر بن عبد الله وأمثالهما بأبي هريرة ﷺ، وذكروا عن علي وعائشة[٢] أنهما أنكروا على أبي هريرة كثرة الرواية ونسباه إلى نوع تزيدٍ.

وقالوا: أيضًا من وجه آخر: إن هذا خبر واحد يخالف الأصول المجمع عليها وفسروا ذلك، وقالوا: الخبر يتضمن تقدير خيار العيب بالثلث ويتضمن تقويم اللبن بالصاع من التمر من غير زيادة ولا نقصان ويتضمن إثبات عوض في مقابلة لبنٍ حادثٍ بعد العقد، وهذه الأحكام مخالفة للأصول المجمع عليها، والإجماع يوجب العلم، وخبر الواحد يفيد الظَّن فلا يُقدّم ما يوجب الظَّن على ما يوجب العلم.

۞ **والجواب:**

(أما تلويث اللسان بالطَّعن على الصحابة أو بما يشبه الطَّعن ليس من

= وأبو داود في سننه: ٧٢٢/٣ مع المعالم، باب من اشترى مصراة فكرهها.
والنسائي في سننه: ٢٢٣/٧، باب النهي عن المصراة.
والإمام مالك في الموطأ: ١٠٠/٥ مع المنتقى، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة.
والإمام أحمد في مسنده: ٢٤٢/٢، ٤١٧، ٤٦٠، ٤٦٥.

(١) ينظر: المبسوط: ٤٠/١٣.
وقال المؤلف في القواطع: إنّ أول مَنْ قال بذلك عيسى بن أبان البصري، ورقة ١٢٠/ب مخطوط.

(٢) ذكر ذلك ابن كثير في البداية: ١١١/٧.




علامة السعادة بل نقطع إنه ابتداع وضلالة وخذلان من الله تعالى لعبده)(١) فإن الله تعالى إذا خَذَلَ عبدًا من عبيده سهل له الطريق إلى مثل هذه الظلمات وواقعه في هذه الورطات وألقاه في مثل هذه المهالك والمتالف، وعلى مَنْ يُشْفِقُ على دينه أن يحترز عن هذا وأشباهه.

وقد قال ـ صلى الله عليه: (لا تذكروا أحدًا من أصحابي إلّا بخيرٍ فلو أنفق أحدكم ملء الأرض ذهبًا لم يدرك مدّ أحدهم ولا نصفه)(٢).

يعني: أجر ما أنفق من مدٍّ أو نصف مدّ.

وأبو هريرة من بين الأصحاب مخصوص بملازمة رسول الله ـ صلى الله عليه ـ أناء الليل وأطراف النهار(٣)، ودعا الرسول له بالحفظ حتى صار بحيث لا ينسى شيئاً مما ذكره رسول الله ـ صلى الله عليه(٤) ـ ودعا له أيضًا أن يحببه الله تعالى إلى عباده المؤمنين(٥) فحبّه سُنّة والثناء عليه علامة السعادة وبغضه بدعة والإزراء عليه علامة الشقاوة.

وما ذكروا عن علي وعائشة فلا يثبت نصًا عن أحد من الصحابة أنه نَسَبَه إلى الكذب، نعم، كانوا يعاتبونه أحيانًا لكثرة الرواية عن رسول الله

---

(١) ما بين القوسين نقله ابن حجر في الفتح ٣٦٥/٤ عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة.

(٢) ذكره في كشف الأسرار: ٣٨٤/٢، ورواه البخاري في صحيحه: ٢١/٧ مع الفتح، باب قول النبي ﷺ بلفظ «لا تسبوا أصحابي». ومسلم في صحيحه: ٩٢/١٦ مع النووي، باب تحريم سب الصحابة، وأبو داود في سننه: ٤٥/٥ مع المعالم، باب فضل أصحاب النبي ﷺ.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ٢١٣/١ مع الفتح، باب حفظ العلم.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٢١٥/١ مع الفتح، باب حفظ العلم.

(٥) رواه مسلم في صحيحه: ٥٢/١٦ مع النووي، باب فضائل أبي هريرة رضي الله عنه.
وأحمد في مسنده: ٣١٩/٢، ٣٢٠.

ـ صلى الله عليه ـ وذكر هو عذره في ذلك، وملازمته النبي ـ صلى الله عليه ـ فإنه كان يشغل المهاجرون صفقتهم في الأسواق ويشغل الأنصار عملهم في أموالهم(١).

وبعد فلا ينبغي لنا أن نتبع ما وُجِدَ من الصحابة من المخالفة والمشاجرة، وقول بعضهم في بعض، بل علينا أن نتولى الكل ونَكِلُ ما حَدَثَ بينهم إلى الله تعالى، وقد قال محمد بن إسماعيل البخاري: «وَرَوَى عن أبي هريرة سبعُ مائة من أولاد المهاجرين والأنصار»(٢).

وقال إسحاق الحنظلي: «ثبت عندنا من الأخبار في الأحكام ثلاثة ألف(٣) حديث يروي منها أبو هريرة ألفًا وخمسمائة».

وأما الذي قالوا إن هذا الخبر مخالف للأصول المجمع عليها، قلنا: الخبر إذا ورد صار أصلًا من الأصول ولا يجب عرضه على أصلٍ مّا؛ لأنه يكون رد الخبر بالقياس، فإنه لا إجماع في المصراة، إنما الإجماع في مثل هذه الحادثة، وقد امتازت هذه الحادثة من بين سائر الحوادث بالخبر الصحيح فيها، والذي قلتم محض قياس، لأنه قياس هذه الحادثة على سائر الحوادث فأردتم أن تردُّوا الخبر بالقياس على هذ الوجه وهو باطل باتفاق الأصوليين، لأن السُّنة مقدمة على القياس بلا خلاف، وإن خالف مخالف فلا يعبأ بقوله.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١/٢١٣ مع الفتح، باب حفظ العلم.
ومسلم في صحيحه: ١٦/٥٣ مع النووي، باب فضائل أبي هريرة رضي الله عنه.
وأحمد في مسنده: ٢/٢٤٠، ٢٧٤.

(٢) ذكره ابن حجر في الإصابة: ٤/٢٠٣، وابن عبد البر في الاستيعاب: ٤/٢٠٦ مع الإصابة.

(٣) كذا في المخطوط وفي كشف الأسرار: ٢/٣٨٣ (آلاف) وهو الصحيح.



كيف وأبو حنيفة يقدم قول الواحد من الصحابة على القياس فكيف لا يقدم الخبر الثابت من صاحب الشرع؟ وقد عُصِمَ عن الخطأ وقال ما قال عن وحي من الله تعالى [٩٨/ب] وآراء الرجال يدخل فيها الصواب والخطأ والانتقاص والتزيد والسهو والقصد والغفلة فلم يجز أن يُقدّم مثل هذا على قول النبي ـ صلى الله عليه ـ وقد دل على ما قلناه حديث معاذ المعروف في الباب.

وقد قال بعضهم(١):

دين النبي محمد آثار ... نعم المطية للفتى الأخبار

ولربما غلط الفتى سبل الهدى ... والدين واضحة لها أنوار

لا تغفلن عن الحديث وأهله ... فالرأي ليل والحديث نهار

ونسأل الله العصمة والثبات على السُّنة بمنه.

والمعتمد على هذا الخبر.

وأما القياس مسلم لهم [لأنهم يدعون أن التصرية ليست عيبًا من حيث إنها ليس إلّا جمع اللبن واجتماع اللبن لا يكون عيبًا فكذا جمعه لا يكون عيبًا، ولأن التصرية ليست إلّا إخفاء غزارة اللبن ونزارة اللبن ليست بعيبٍ فإخفاء الغزارة لا يكون عيبًا](٢).

---

(١) روى هذه الأبيات ابن عبد البر في كتابه (جامع بيان العلم وفضله ٢/٣٥) عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبيه ولفظها:

دين النبي محمد أخبار ... نعم المطية للفتى آثار

لا ترغبن عن الحديث وآله ... فالرأي ليل والحديث نهار

ولبما جهل الفتى أثر الهدى ... والشمس بازغة لها أنوار

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/١٠٧/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة.

قالوا: [ولا يجوز الرد باعتبار الغرور، لأن العادة جرت أن الناس يفعلون هذا الفعل للترويج، والمشتري إذا ظَنّه حقيقة فهو الذي غَرَّ نفسه واغتر بفعله، وَطَمِعَ في غير مطمعٍ فكان وَبَالَ ذلك عليه.

قالوا: ودعوى مَنْ يقول: إن إظهار الغزارة بفعل التصرية بمنزلة شرط الغزارة مجرد الدعوى لا دليل عليه](1) ولهم سوى هذا كلمات أُخَرُ فاقتصرنا على هذا، لأن الأولى نسلم القياس لهم، وأن لا نشرع فيه أصلًا ونعتمد على السُنّة المذكورة. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

يجوز لأحد المشترين للعبد وغيره أن ينفرد بالعود بخيار العيب(2) وبخيار الشرط(3) وهو قول أبي يوسف ومحمد(4).

وعند أبي حنيفة: ليس له ذلك إلّا أن يساعده صاحبه(5).

لنا:

أن الخيار ثابت لهما ولو اجتمعا على الخيار كان كل واحد منهما

---

(1) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/١٠٧/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة.

(2) سبق تعريف خيار العيب في ص ٣١، وخيار الشرط في ص ٣٦.

(3) المهذب: ١/٣٧٧، النكت: ورقة ١٣٨/ب، روضة الطالبين: ٣/٤٨٧. وهو رواية عن الإمام مالك. ينظر: الإشراف للبغدادي: ١/٢٦٩.

(4) إيثار الإنصاف: ص ٢٠٩.

(5) الأسرار: ٢/٩٩/ب (مراد ملا). إيثار الإنصاف: ص ٢٠٩. وهو رواية عن الإمام مالك. ينظر: الإشراف للبغدادي: ١/٢٦٩.

مستوفيا حقه على الخلوص فإذا انفرد أحدهما بالاستيفاء كان له ذلك، ولم يشترط مساعدة الآخر إياه.

دليله: الديون فإن لكل واحد منهما أن ينفرد باستيفاء حقه الذي له، ولا يشترط أن يساعد الآخر إياه، وهذا لأن في شرط مساعدة الآخر إياه تفويت حقه، لأنه ليس في وسعه مساعدة صاحبه له فيجوز أن لا يساعده أبدًا، وتعليق استيفاء حق صاحب الحق على ما ليس في وسعه تحصيله تفويت وإسقاط، وهو نظير ما قاله أصحابنا في قطع اليد قصاصًا: إنه يطلق استيفاؤه من غير أن يشرط عليه عدم السراية، لأن وقوف القطع ليس في وسعه فلم يجز تعليق الاستيفاء به إذ في تعليق الاستيفاء به تفويت الحق وإسقاطه فلم يجز، كذا ههنا.

والأصحاب قالوا: رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فصح كما لو كان منفردًا بالشراء.

يبينه: أنه لو اشترى عبدًا على أنه بالخيار في نصفه يجوز له رد نصفه، كذا هاهنا بل هذا أولى، لأن هناك رد جميع ما ثبت له الخيار فيه لكنه لم يرد جميع ما اشتراه، وهاهنا رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فلأن يجوز أولى وعندي أن الأول أحسن وأقرب إلى تضيق الكلام عليه.

۞ وأما حجتهم:

قال بعضهم[1] محتجًا في هذه المسألة برد أحدهما: تفريق الصفقة على

(١) الدبوسي في أسراره: ٢/١٠٠/أ (مراد ملا).

البائع قبل التمام فلا يجوز، كما لو قال لرجلين: بعتُ منكما هذا العبد فَقَبِلَ أحدهما دون الآخر فإنه لا يصح لهذا المعنى.

وقالوا: قولنا «قبل التمام» جارٍ في جميع فصول الخلاف إلّا في الرد بالعيب بعد القبض فإن من مذهبهم أن خيار الشرط وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة قبل القبض وبعده، وأما خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض، ولا يمنع تمامها بعد القبض، ولهم على هذا تفريعات، وتعلقهم في هذه الطريقة بالمسألة التي قاسوا عليها.

وأما المعتمد لهم: هو أنه وجد ههنا مانع من الرد وهو عيب الشركة، ولا يجوز الرد بالعيب مع عيب لم يكن في ملك البائع، والدليل على أن الشركة عيب: أنه لو اشترى عبدًا فاستحق نصفه فله أن يرد الباقي بالعيب، ولأن الرجوع في معرفة العيوب إلى أهل التجارة والبصارة وهم يعدون الشركة في الأعيان المجتمعة عيبًا، ألا ترى أن العبد والجارية يُشترى جميعه بالألف ولا يُشترى نصفه مشاعًا بخمسمائة، وأما الشركة في المكيل والموزون فزعم بعضهم: أنها عيب أيضًا، لأن المكيل والموزون وإن كثر فجميعه بمنزلة الشيء الواحد، كذلك الموزون، ولهذا لو اشترى صُبْرة فوجد بطرفها عيبًا فله أن يرد جميعها.

وقال بعضهم: إن الشركة فيها ليست بعيب، وعلى هذا زعموا أن اثنين [٩٩/أ] لو اشتريا صُبْرة فوجدا بها عيبًا فلأحدهما أن يرد نصيبه، والمذهب لهم الأول.

قالوا: وإذا عُلم أن الشركة عيب فقد خرج العبد عن ملك البائع جملة



بلا شركة لأحد، فإذا رد أحدهما نصفه فقد رد مع عيب الشركة فلم يعد إلى ملك البائع، كما خرج عن ملكه، ففات شرط الرد، وإذا فات شرط الرد امتنع الرد.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن هذه الشركة حصلت بفعل البائع فلا يمنع الرد عليه، لأنه يقال: لا بل حصل بفعل المشتري ولئن حصل بفعل البائع ففعله في إثبات الشركة لو منع الشركة من أن تكون مانعة من الرد لكان بسبب أنه صار راضيًا بهذا العيب، وهذا الرضا وإن وجد من البائع، ولكنه رضي بهذا العيب في ملك المشتري لا في ملك نفسه، ورضاه بالعيب في ملك المشتري لا يكون رضا بالعيب في ملك نفسه، كما لو عيب حقيقة بالجناية على المبيع.

وبهذا الطريق اعترضوا على قول مَنْ قال من أصحابنا: إن الشركة مقتضى البيع ولا يمنع الرد، لأن مقتضى البيع هو الشركة في ملك المشتريين لا في ملك البائع والشركة المانعة شركة بين البائع والمشتري.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن البائع لما باع منهما مع علمه أنهما ربما يتفقان على الرد وربما لا يتفقان فقد رضي برد كل واحد منهما عليه.

قال: هذا ليس بشيء، لأن الرضا حقيقة لم يوجد فلو ثبت لثبت بالاستدلال، وإنما يكون ما قلتم دليل الرضا لو لم يتصور موافقة صاحبه إياه في الرد فإذا تصوّر لم يكن بيعه منهما دليلًا على الرضا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنكم منعتم من الرد لدفع الضرر عن البائع

وقد أضررتم بالمشتري بإلزامه ما اشتراه مع العيب.

قال: بلى، ولكن دفع الضرر عن البائع أولى، لأن الذي يلحق المشتري ضرر ينجبر بالأرش والذي يلحق البائع لا ينجبر بشيء، فدفع أشد الضررين أولى، ولأن الضرر الذي يلحق البائع ضرر يلحق من جهة المشتري قصدًا، لأنه يرد عليه النصف قصدًا، والذي يلحق المشتري لا يلحق من قبل البائع قصدًا، بل إنما يلحقه بفقدان شرط الرد أو بعدم مساعدة الآخر إياه، فكان دفع ضرر ثبت قصدًا أولى من دفع ضرر ثبت حكمًا.

قالوا: وأما الذي قلتم إن في منع الرد تعليق استيفاء الحق بشرط ليس في وسعه إيجاده يبطل بما لو اشتريا وشرطا الخيار على أن لا يرد إلّا معًا وعلى أن الخيار لجواز أن يوافقه صاحبه، والرد يمتنع عند عدم الموافقة لفوات شرطه.

۞ الجواب:

أما الأول فقد قال كثير من أصحابنا إن في مسألتنا وُجِدَ عقدان.

وزعموا أن العاقد متى تعدد من أحد الجانبين يصير العقد بمنزلة العقدين محسوسًا، ولا فرق بين أن يقول: بعتُ منكما هذا العبد بألفٍ وبين أن يقول: بعتُ من هذا نصفه بخمسمائة ومن هذا نصفه بخمسمائة، ومَنْ سلك هذا منع المسألة التي تعلقوا بها، وقال: إذا باع عبدًا من اثنين يجوز لأحدهما أن يقبل وإن امتنع صاحبه على أحد قولي الشافعي.

واستخرج هذا المنع من مثل هذه المسألة من مخالعة المرأتين، وقال:




على أحد قولي الشافعي يجوز لإحدى المرأتين أن تقبل الخلع، وإن لم توافقها الأخرى كذا في مسألتنا في البيع.

وهو طريقة سقيمة لا يمكن تمشيتها، وَمَن اعتمد عليها فلضعفه في معرفة المعاني، وذلك لأن قوله بعت منكما هذا العبد فالعقد في جانبه، وقوله «بعتُ» وهذه كلمة واحدة من واحدٍ فكيف يتصور عقدان؟ نعم، في جانب المشتري بمنزلة العقدين لتعدد الكلام وتعدد العاقد، وفي جانب البائع واحد ولأنه لو جاز أن يجعل العقد كعقدين لتعدد المشتري جاز أن يجعل كذلك لتعدد المبيع فينبغي لقائل هذا أن يقول لو باع عبدين من واحد وقيمتهما سواء أن يجعل كعقدين وأن يجوز أن يرد أحدهما بالعيب فأي فرق بين أن يقول: «بعتُ هذين العبدين بألفٍ» وبين أن يقول «بعتُ هذا العبد بخمسمائة وهذا بخمسمائة» ولئن ارتكب مرتكب هذا في العبدين فيلزمه في العبد الواحد في النصف والنصف، وكذا في المكيل والموزون لا يرتكب أمثال هذا إلّا مجازف ومنع المسألة المقيس عليها قياسًا على الخلع بعيدٌ جدًّا، لأن البيع تبين في منع الخلع، فإن البيع معاوضة محضة، والخلع معاوضة مشوبة بالإسقاط وفي المطعومات [٩٩/ب] يعتبر تحقيق المقابلة، وتحقيق المقابلة أنه إذا أوجب المماثلة في الكل يقبل في الكل ولأنا إذا جوّزنا لأحد المشتريين أن يقبل في النصف أدّى إلى الإضرار بالبائع لأن للملّاك في الجملة مقاصد، فالبائع إنما رضى بخروج المبيع عن ملكه جملة ولا يجوز أن يبطل عليه تصرفه ومقصوده أصلًا.

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة ولكن يجوز

لأحدهما أن يرد لما بينا أن الخيار ثابت لهما وهو حق مشروع فتمكن من استيفائه على وجهٍ لا يؤدي إلى تفويت وإسقاط، ولأن مَنْ قال إن تفريق الصفقة لا يجوز قبل التمام ويجوز بعد التمام مُدّعىً ليس عليه دليل فإذا جاز بعده جاز قبله، ولأنه إذا شرط الخيار في نصف العبد والمشتري واحد، له أن يرد بالاتفاق وإن فرق الصفقة.

وأما الجواب عن الطريقة الثانية وزعموا أنها المعتمد نقول: مُسلّم أن الشركة عيب ولكن الشركة التي كانت قد زالت وهي التي كانت بين المشتريين والذي وجدت بين البائع والمشتري الآخر إنما وجدت بعد الرد فكيف يمنع الرد؟ فإن قالوا: أصل الشركة مستمرة.

يبينه: أن الشركة بين المشتريين زالت إلى مثلها وهي بين البائع والمشتري فصار كأنها لم تزل.

قلنا: الشركة تكون بين شخصين فإذا اختلف الشخصان اختلف الشركة.

وقولهم: «زالت الشركة الأولى إلى مثلها».

قلنا: نعم، ولكن الأولى قبل الرد، والثانية بعده، فالأولى لا تمنع لزوالها، والثانية لا تمنع لعدم وجودها.

فإن قالوا: يمنع الرد حتى لا يثبت عيب الشركة، وهذا لأن الرد معيب للمبيع فالعيب إذا مُنِعَ فالمعيب يمنع منه.

قلنا: الرد لا يعيب المبيع إنما الرد يعيد المبيع إلى ملك البائع ثم الشركة تثبت باختلاف الملكين، ولأن العيب عندكم مانعة من الرد والمعلول




لا يسبق العلة، وهذا جواب في نهاية الاعتماد.

وتبين بهذا الجواب أنه لا مانع، ونقول في تمشية الطريقة الأولى: إن الشرع لما جعل لكل واحدٍ منهما الخيار، وفي إثبات الخيار لكل واحدٍ منهما تمكينه من استيفائه، والعيب مانع من الرد، دلنا ثبوت الخيار أنه لا مانع من الرد بالطريق الذي قدمنا.

وأجاب الأصحاب عن قولهم: «إنه خرج من ملكه جملة».

قالوا: الرد إنما يلاقي ملك المشتري وملكه متفرق فنعتبر جانبه لا جانب البائع، كما لو اشترى اثنان شقصًا ثم جاء الشفيعُ له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لأن أخذه يلاقي ملكه فيعتبر تفرق ملكه لا اجتماع ملك البائع، كذا ههنا.

وبهذا يقع الانفصال فيما لو خَاطَبَ اثنين ببيع عبدٍ فقبل أحدهما حيث لا يجوز، لأن قبول المشتري في هذه المسألة يلاقي إيجاب البائع، وإيجاب البائع جملة فلم يجز التفريق، وفي مسألتنا الرد يلاقي ملك المشتري، لأنه هو الموجود، والرد لا يستدعي إلّا محل الرد، ومحل الرد متفرق فلم ينظر إلى اجتماعه في ملك البائع، وهذه جواب لا بأس بها والاعتماد على ما سبق.

والله أعلم



❊ (مَسْأَلَة):

البيع بشرط البراءة من العيوب باطل في أصح الأقوال[1].

وعندهم: البيع صحيح والشرط صحيح[2].

والمسألة مبنية على أن الإبراء عن الحق المجهول هل يصح أم لا؟

عندنا: لا يصح[3].

وعندهم: يصح[4].

❊ **لنا:**

أن المغلب على الإبراء معنى التمليك، ويجوز أن يقال: إن الإبراء

---

(١) مختصر المزني مع الأم: ٢/١٩٨، المهذب ١/٣٨٢، روضة الطالبين ٣/٤٧٠، ٤٧١، المنهاج مع شرحه: ٢/٥٣، وعندهم في المسألة طريقان:
الطريق الأول: أن في المسألة ثلاثة أقوال:
القول الأول: إنه يبرأ من كل عيب.
القول الثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب.
القول الثالث: إنه لا يبرأ إلّا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع...» اهـ. المهذب: ١/٣٨١.
الطريق الثاني: أن في المسألة قولًا واحدًا: وهو إنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لا يعلم به ولا يبرأ من غيره، ١/٢٨٢، وهو رأي المالكية. الإشراف: ١/٢٧٢.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٨١، المبسوط ١٣/٩١، البدائع: ٧/٣٠٨٠، ٣٣٢٤، فتح القدير: ٦/٣٩٦، ٣٩٧، رؤوس المسائل: ص ٢٩٦، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٢٥٧، مختلف الرواية: ورقة ١٥٨/ب.

(٣) المهذب ١/٣٨٢.

(٤) بدائع الصنائع: ٧/٣٠٨٠، ٣٣٢٥.




تمليك مطلقًا فلم يصح في المجهول.

ودليل أنه تمليك: أن الديون في الذمم منزلة في الشرع منزلة الأعيان في الأيدي؛ بدليل ثبوت أصل ملكها مثل ثبوت أصل ملك الأعيان، ولأن الديون في البياعات مثل الأعيان، لأن البيع تمليك مال بمال.

وإذا اشترى عينًا بثمن في ذمته يصح عُلم أنه مال بمال فصار العين مالًا حسًّا، والدَّين مال حكمًا.

يبينه: أنه لو اشترى صاحب الدَّين ممن عليه الدَّين شيئاً بدينه فإنه يصح، وإنما يصح بناء على أنه مال، ويدل على أنه لا يصح تعليقه بالشروط والأخطار مثل التمليكات سواء.

وإذا ثبت أنه مال، والسبيل المشروع في الأموال هو التمليك دون الإسقاط بدليل الأعيان، والجهالة في التمليكات مبطلة للتمليك، وقد دللنا على هذا في مسألة بيع الغائب.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول في مسألتنا حق الرد بالعيب بناء على ملك الجزء الفائت حكمًا واستحقاقه فإذا تعذر الوصول إليه [١٠٠/أ] ثبت رد الأصل وفسخ العقد ليعود إلى رأس ماله الذي كان له فهو بشرط البراءة يبرئه عن حقه في ذلك الجزء وهو مجهول وقد بينا أن الإبراء تمليك فيصير كأنه مَلَكَ جزءًا من عين في ذمته بالعقد واستحق تسليمه إليه، وقد ملكه ذلك الجزء بالإبراء، فبطل لفوات شرط الصحة وهو الإعلام.

❁ أما حجتهم:

قالوا: الإبراء محض إسقاط فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق، والدليل على أنه محض إسقاط صحته بلفظ الإسقاط[1].

ويدل عليه: أنه لا يفتقر إلى القبول، ولو كان تمليكًا لم يصح إلّا بالقبول كسائر التمليكات، ولأن التمليك يستدعي شيئاً يملكه والدَّين في الذمة معدوم حِسًّا لا يتصور تمليكه شرعًا، وإنما ثبت لنوع ضرورة فلا تعدو موضع الضرورة، وفي ثبوته ضرورة ثبتت ولا ضرورة في صحة تمليكه فلم يصح، وكان إسقاطًا محضًا وَنُزِّلَ منزلة الطلاق والعتاق فإنه إسقاط محض بالاتفاق.

وقد سلك بعضهم طريقة الشبهين قالوا: هو يشبه التمليك من وجه والإسقاط من وجهٍ؛ فلشبهه بالتمليك لم يصح تعليقه بالغرر والخطر ولشبهه بالإسقاط صح في المجهول.

ومعتمدهم ما بينا من قبل أنه إسقاط محض.

وقالوا: إنما قلنا إن جهالة الساقط لا يمنع صحته، لأن الجهالة في التمليكات غير قادحةٍ لعينها على ما سبق، لكن إنما عملت وقدحت فيه لأنها توقع في منازعة مانعة من التسليم والتسلم، وهذا المعنى يتحقق في الأعيان التي يملكها، فأما الإسقاط فلا يتصور فيها هذا المعنى، لأن الساقط يتلاشى في الحال، وليس بمحل التسليم حتى يكون محل المنازعة فلم تقدح فيه الجهالة أصلًا، وصار الإبراء من هذا الوجه نظير الطلاق والعتاق، وإذا ثبت

(١) ينظر: المبسوط: ١٣/٩٣، فتح القدير: ٦/٣٩٧.



هذا الأصل فنقول في مسألتنا:

إن الثابت للمشتري حق الرد بالعيب وهو بالشرط مسقط هذا الحق وليس فيه تمليك بوجهٍ ما فلم تقدح الجهالة فيه.

وقد قال بعضهم: أنه بشرط البراءة عن العيوب قاصد إلزام العقد، والعقد يعقد على الجواز تارة وعلى اللزوم أخرى، بل الأصل هو اللزوم في البياعات فصح الشرط في هذا الموضع وظهر عمله في لزوم العقد والتحق هذا العقد بالعقد الذي لا عيب فيه أصلًا[1].

وقال بعضهم: إن الرد بالعيب لإلحاق الضرر بالمشتري بغرور البائع إياه فإنه إذا باع الشيء وأطلقه فقد أطمعه السلامة في المبيع فإذا لم يجده ذلك يرد إليه دفعًا لضرر الغرور عن نفسه، ولكن وبال الغرور على الغارّ، وهذا المعنى لا يوجد إذا شرط البراءة عن العيوب أجمع فسقط حق الرد.

❁ **الجواب:**

قد سبق وجه الكلام في المسألة.

قولهم: «إنه إسقاط محض».

لا يصح بالوجه الذي ذكرنا.

قولهم: «إنه يصح بلفظ الإسقاط».

قلنا: هو عندنا كناية عن التمليك، ووجه صحة الكناية فيه أنه لما كان

---

(١) ينظر: المبسوط: ١٣/٩٣.

تمليكه منه يقتضي سقوط الحق وبراءة ذمته منه، استقام جعله كناية عنه.

يبينه: أن الهبة تكون كناية عن الإسقاط في الطلاق والعتاق فكذا الإسقاط والإبراء يجوز أن يجعل كناية عن الهبة.

وأما قوله: «إنه لا تفتقر صحته إلى القبول وأنا لا نسلمه على أحد الوجهين» وعلى أن يعارض على أصولهم، ويقال قد قلتم إن الإبراء يرتد بالرد ولو كان إسقاطًا لم يرتد بالرد كالطلاق والعتاق ثم نقول: إن الإبراء تمليك في حق صاحب الدَّين إسقاط في حق مَنْ عليه، وهذا وجه جيد من حيث النظر إلى المعنى؛ لأن الدَّين مال من الأموال، وإنما ظهر شرعًا كونه مالًا في حق صاحب الدَّين حتى يعتاض عنه ويبذل المال في مقابلته شرعًا، فأما في حقٍّ مَنْ عليه الدَّين فليس إلّا إنه يطالب بمال ثم عند إعطائه المال يصير في معنى المملّك لعين من أعيان ماله ابتداءً، فأما بمجرد وجوب الحق عليه فليس يظهر في حقه شيء لم يكن من قبل إلّا بوجه المطالبة عليه بتمليك عين.

وإذا ثبت أن الدَّين مال في حق صاحب الدَّين كان إبراءه تمليكًا منه وإذا لم يكن مالًا في حق مَنْ عليه الدين كان الإبراء إسقاطًا في حقه فاستغنى عن قبوله لهذا المعنى.

وأما قوله: «إن الدَّين ليس بشيء يمكن تمليكه».

قلنا: لما ثبت أنه بمنزلة عين مال في الشرع صح تمليكه، كما يصح تمليك العين.

يدل عليه: أنه إذا اعتاض عنه يكون تمليكًا، كذا إذا وَهَبَه منه أو أبرأه عنه تمليكًا؛ لأن ما يصح تمليكه إذا كان بعوضٍ يصح تمليكه إذا كان [١٠٠/ب] بغير عوض، ثم إذا مَلَكَ سقط عن ذمته؛ لأنه لا يجوز أن يملك شيئًا من ذمة نفسه.

وأما طريقة الشبهين: طريقة مردودة في كل المسائل التي تستعمل فيها، وأهون الكلام عليها المعارضة، ويقال لشبهه بالإسقاط لا يفتقر إلى القبول ولشبهه بالتمليك لا يصح في المجهول.

وعلى أن ما قلناه في تقسيم الإبراء وتفصيله من الجانبين أحسن من طريقة الشبهين؛ لأن تلك الطريقة مدلول عليها من حيث المعنى، وهذه طريقة مبنية على محض التعلق بالحكم.

وأما الطلاق والعتاق فلا يصح قياس الإبراء عليهما، بدليل أنه يصح تعليقهما بالشروط والأخطار بخلاف الإبراء؛ وهذا لأن علة ملك الآدميين في نفسه كونه آدميًا، فإن حريته ومالكيته كرامة، وعلة كرامته آدميته غير أنه عَرَضَ عارض من رقٍ أو نكاح فَمَنَعَ ظهور هذه الكرامة وخفي عملها عليهما فإذا أُسقط الرق بالعتق والنكاح بالطلاق ظهر ما كان ثابتًا في الأصل.

وأما الدَّين في الذمة ليس من هذا القبيل بل هو مال يثبت حقًا للإنسان إلّا إن محله في ذمة الغير فيوفر عليه حكم الأموال وقضيتها.

وإن ألزموا شرط البراءة عن العيب بباطن الحيوان فقد منع في قولٍ[١].

---

(١) مختصر المزني: ٢/١٩٨ مع الأم، الأم للشافعي: ٢/٦٣.

وعلى أن جوازه كان لوقوع الحرج في إعلامه، لأنه لا يمكن إعلامه إلّا بالوقوف عليه وفي الوقوف عليه حرج عظيم(١).

وقولهم: «إنه قصد بهذا الشرط إلزام العقد».

قلنا: بلى، ولكن طريق إلزامه هو الإبراء منه بعد إعلامه على ما سبق.

وأما قولهم: «إن ثبوت الرد بالعيب بسبب التغرير».

ليس كذلك، والحوالة في فسخ العقد على الغرور شيء بعيد، فإنه ما من تغريرٍ إلّا ويعارضه اغترار، فإنه يمكن أن يقال مغترٌ وليس بمغرورٍ ووجه اغتراره طمعه في السلامة مع جواز العيب، وهذا على أصلهم أبعد فإن التصرية عندهم تغرير ومع ذلك لا يرد على أصولهم.

وأما عندنا فباب الغرور غير، وباب العيب غير، ووجه الرد بالعيب ما بينا وهو أحسن الوجوه معنًى في بيان الرد بالعيب.

وقد ذكر بعضهم طريقًا في هذه المسألة لأصحابنا، وذكرتُ طرفًا منه في البرهان(٢)، ونَزّهتُ هذا الكتاب عنه؛ لأني رأيتُ في ذلك تخبطًا في ظلمةٍ ولا يوقف منه على حاصلٍ فآثرتُ طيّه، وفهمُ الفقه والوقوف على المعاني عزيز، والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) المصدرين السابقين.

(٢) البرهان: كتاب للمؤلف ذكر أنه يحتوي على ألف مسألة خلافية وقد تكلمنا عليه في مقدمة الجزء الأول من هذا الكتاب.

※ (**مَسْأَلَة**):

الزيادة في الثمن والمثمن بعد لزوم العقد بالتفرق باطلة عندنا(١).

وقبل التفرق على أحد القولين(٢).

وعندهم: صحيحة على الإطلاق(٣).

لنا:

أن هذه زيادة لم تجد محلًا للثبوت فلا تثبت.

دليله: المبيع والثمن في الأصل إذا لم يجدا محل ثبوتهما، وإنما قلنا إنه «لم يجد محل الثبوت»، لأن محل ثبوت المبيع يعرف بأن يقابله ثمن في عقد بيعٍ أو محل ثبوت الثمن يعرف بأن يقابله مبيع في عقد بيعٍ؛ وهذا لأن صفة المبيعية والثمنية لا تكون إلّا بعقد البيع وعقد البيع مقابلة مالٍ بمالٍ ولا يتصور كون المال مبيعًا إلّا أن يقابله ثمن ولا ثمن إلّا أن يقابله مبيع ولا يوجد في مسألتنا للزيادة هذا؛ لأن الزيادة إذا كانت مبيعة فلا يقابلها الثمن؛ لأن الثمن المسمى قد قابل جميع المبيع الذي هو الأصل وملكه البائع فلم يتصور أن يقابله شيء من الزيادة المسماة وإن كانت الزيادة ثمنًا فلا يقابله مبيع؛ لأن

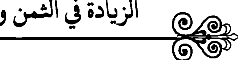
---

(١) المهذب: ١/٣٨٢.

(٢) المهذب: ١/٣٨٢، قال الشيرازي في المهذب والمذهب الأول «وهو القول بصحة البيع إذا كانت هذه الزيادة قبل التفرق؛ لأن البيع لم يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به.

(٣) الأسرار: ٢/٨٣/أ (مراد ملا).

مختصر القدوري مع الجوهرة ١/٢٧١، مختلف الرواية ورقة ١٥٨/أ. بدائع الصنائع: ٧/٢٣٨١، الهداية مع فتح القدير: ٦/٥١٩.



المبيع المسمى قد قابل جميعه الثمن الذي هو الأصل وملكه المشتري فلم يتصور أن يقابل شيء منه الزيادة المسماة، فعرفنا أن هذا الإيجاب أخطأ محله وإذا أخطأ محله بطل.

يبينه: أن أكل المال بالباطل هو أكله بلا سبب مشروع وقد فاتت المشروعية في مسألتنا في سبب ثبوت المبيع والثمن للزيادة، فكان أكل المال بالباطل؛ وأما إذا زاد في مجلس العقد، فإن قلنا: الخيار لا يمنع الملك المشتري لم تصح الزيادة؛ لأنه يصير الحال بعد التفرق عن المجلس كالحال قبل التفرق، فإن قلنا: إنه يمنع ملك المشتري فإن نظرنا إلى سبق العقد لم تجز الزيادة، فإن نظرنا إلى تراخي الملك عنه يجوز؛ لأن الزيادة قابلت ما هو ملك الغير فاستقام أن يجعل مبيعًا أو ثمنًا فتكون المسألة على وجهين، والتخريج عند التسليم على (وجهٍ الذي قلناه).

❁ **أما حجتهم:**

قالوا: الزيادة في الثمن والمبيع تغير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع له، والبيع في ملك المتعاقدين فَلِمَ كان تغييره على هذا الوجه.

[١٠١/أ] يبينه: أن التغيير دون الرفع، فإذا ملكا رفع العقد أصلًا، فلأن يملكا تغييره من وصفٍ إلى وصفٍ أولى، وإنما قلنا إنه تغيير من وصفٍ إلى وصفٍ، وذلك أن للبيع ثلاثةَ أوصاف: ربح، وخسران، وعدل، يقال: بيع رابح، وبيع خاسر. وبيع عدل، فالأول: إذا زاد الثمن على المبيع، والثاني: إذا زاد المبيع على الثمن، والثالث: إذا استوى المبيع والثمن، والكل مشروع، فإذا زاد في المبيع أو الثمن فقد تضمنت هذه الزيادة تغيير العقد من




وصفٍ إلى وصفٍ من هذا الوجه فيصح على ما ذكرنا.

وإذا ثبت التغيير ثبتت واستند الثبوت إلى أصل العقد؛ لأن الزيادة لما كانت تغيير العقد فهو وإن غُيِّر في الحال فلابد وأن يستند التغيير حيث كان التغيير للعقد المعقود من قبل، وإذا اسند التغيير لابد من استناد ثبوت الزيادة.

قالوا: وقولكم: «إنه لم تجد الزيادة ما يقابله».

قال: فإذا ثبت الاستناد فقد وجد ما يقابله، وعلى أنه قد قابلها ـ أعني الزيادة ـ ثمن أو مبيع تسمية وصورةً ولو لم يقابلها حقيقة فُيكتفى بهذا القدر في ثبوتها، وهذا كما لو باع ما يساوي ألفًا بألفين فإن الألف الثانية لم يقابلها مبيع حقيقة.

والدليل عليه: أنه يُعدُّ هبةً وتبرعًا بدليل أنه لو أنفق في المرض فإنه يكون من الثلث ومع ذلك ثبت؛ لأنه وجد في مقابلته مبيع تسميةً كذا ههنا.

يدل عليه: أن الحاجة ربما تمس إلى إثبات الزيادة في المبيع أو الثمن، فإنه ربما يكون البائع قد غَبَنَ المشتري أو المشترى غَبَنَ البائع بنوع تدليسٍ وتلبيسٍ، وقد ندم على ذلك فيريد أن يزيل الغبن منه بزيادةٍ إما في مبيع أو ثمن، فإذا وجدنا وجهًا لثبوت هذه الزيادة لم نبطلها، وقد وجدنا على ما قلنا فأثبتنا.

وقد تعلق كثير من مشايخهم بفصل الحَطّ بسبب العيب حيث يجوز ويستند، وتعلقوا أيضًا بتسمية المهر بعد العقد في مسألة المفوضة.



وقد قال بعضهم: إنه إذا زاد في الثمن أو المبيع يصير كأنهما فَسَخَا العقد الأول وجدّدا عقداً آخر بهذه الزيادة.

قالوا: ونقدر هذا التقدير لتصح الزيادة.

قالوا: وهذا كما لو باع عبداً من إنسان بألفٍ ثم باع منه بألفين فإنه يصير كأنهما فسخا العقد الأول وجدّدا عقداً آخر بهذه الزيادة، وكذلك لو قال لغيره: «اعتق عبدك عني على ألفٍ» فإنه يقدر تقدم البيع وَبَنَيَا العتق عليه ليصح، كذلك ههنا.

❁ **الجواب:**

أما الذي ادّعينا صحيح على ما سبق.

والذي قالوا: «إن الزيادة تغيير العقد من وصفٍ إلى وصفٍ».

لا نسلم، أنه تغيير العقد، بل هو في الحقيقة زيادة في المبيع أو الثمن فحسب.

والذي قالوا: «إن البيع له ثلاثة أوصاف: ربح، وخسران، وعدل».

قلنا: هذه صفات المال، وليست بصفات العقد؛ لأن الربح والخسران لا يكون صفة العقد بحال إنما هو صفة المال، ولئن وصف به العقد يكون على طريق المجاز لا على طريقة الحقيقة وإنما صفة العقد الجواز واللزوم لاغير؛ وهذا لأن الخسران نقصان والربح زيادة، وهذا يوجد في المال دون العقد؛ لأنه سواء وجد ربح أو خسران في العقد فالعقد على وجهٍ واحدٍ لا

يتغير ولا يتبدل، وهذا جواب من طريق المجادلة في غاية القوة والوكادة ويظهر بهذا أن مَنْ نَصَبَ هذه الطريقة على هذا الأصل فهو مجازف.

وجواب آخر:

إنا وإن سلمنا أن هذا تغيير العقد فلا يصح أيضًا؛ لأن العقد انعقد بوصف اللزوم فنقول على هذا: إذا باع عبدًا بألفٍ فقد لزمت مقابلة العبد بالألف ومقابلة الألف بالعبد، ولزوم هذه المقابلة بلزوم العقد فما دام المتعاقدان على العقد فالعقد بينهما لازم، وإذا لَزِمَ العقد لزمت المقابلة الحاصلة بالعقد وفي الزيادة في الثمن أو المثمن تغيير المقابلة فلا يصح؛ لأن لزومها بلزوم العقد يمنع تغييرها وتبديلها، أما رفع أصل العقد فلا مانع فيه؛ لأن العقد حقهما فلهما أن يرفعاه ولهما أن يستديماه، فأما تغيير المقابلة فقد وجد مانع منه وهو لزوم المقابلة بلزوم العقد.

ثم الجواب على التخريج: وهو أن تغيير العقد في ضمن الزيادة، فإذا لم تجد الزيادة محل ثبوتها لم تثبت، وإذا لم تثبت لم تتضمن تغيير العقد، وبيانه: أنه لم تجد محل الثبوت على ما سبق، وتغيير عن ما قلنا من بعد فيقال: إثبات مبيع بلا ثمن أو إثبات ثمن بلا مبيع.

وأما [١٠١/ب] قولهم: «إنه وجد المبيع تسميةً أو الثمن تسميةً».

قلنا: إذا سلمتم أنه لم يوجد حقيقة فصورة التسمية لا يجوز الاكتفاء بها.

ألا ترى أنه لا يجوز أن يسمى الثمن بإزاء خمرٍ، أو بإزاء ميتةٍ أو بإزاء حُرٍّ، ويكون باطلًا؛ لأنه لا يمكن تحقيق المبيعية فيه ولا الثمنية فلغت التسمية.

فأما المسألة التي قالوها: وهي أنه لو اشترى في مرض موته ما يساوي ألفًا بألفين.

قلنا: عندنا على الألفين ثمن حقيقة، فلهذا لو أخذ الشقص شفيع بالشفعة يأخذ بجميع ما سُمّي بإزائه، وكذا إذا وجد بالمبيع عيبًا يسترد جميع الثمن.

فأما الاعتبار من الثلث فليس؛ لأنه ليس بثمنٍ حقيقةً، ولكن اعتبر من الثلث؛ لأنه وإن كان ثمنًا ولكن تسميته أدّى إلى الإضرار بالورثة والمريض ممنوع من الإضرار بالورثة فيما زاد على الثلث سواء كان ضرر بسبب بيعٍ أو سبب تبرعٍ فعندنا كلا الألفين ثمن حقيقة؛ لأن الثمن بدل من حيث التسمية، فأيّ قدر سمّى يكون ثمنًا حقيقة غير أنه لما كان فوق القيمة تضمن الإضرار بالورثة فاعتبر من الثلث لهذا.

وقد قال بعضهم: إن الزيادة مبيع أو ثمن تبعًا فلا يقتضي شيئًا يقابله.

وهذا كلام باطل؛ لأن عندهم بالزيادة تتغير القسمة السابقة ويقابل الزيادة بما يخصه، وإنما ادّعينا أنه لا يقابله شيء؛ لأنه لا يمكن المقابلة فإن مُلْكه لا يقابل مُلْكه.

وأما قولهم: «إن الزيادة استندت إلى أصل العقد».

إنّما يمكن الإسناد بعد أن يمكن إثباته في الحال، وهذه الزيادة لا يمكن إثباتها في الحال على ما ذكرناه، فكيف يحكم بالإسناد فيها؟ وأما تعلقهم بالحَطّ بسبب العيب.




فعندنا: يستند الحَطّ في هذه الصورة إلى أصل العقد لوجود سبب عند العقد يوجب الإسناد، وذلك السبب استحقاق المبيع على وصف السلامة.

وأما في مسألتنا فلم يوجد سبب يوجب الإسناد.

وأما مسألة فرض المهر للمفوضة، فقد أجبنا عنه في مسألة المفوضة في ربع النكاح.

والجملة: أن عندنا ملك البُضع يكون بعوضٍ مقترنٍ بالعقد، ويكون بعوضٍ يتراخى وجوبه عن العقد، فعلى التحقيق لا يقابل المهر بُضعًا مَلَكَه بالنكاح، وإنما يقابل بُضعًا لم يملكه، وإن أرادوا العوض في الهبة فعندنا هو هبة مبتدأة، وليس بعوضٍ حقيقة. وأما قولهم في طريقة المشايخ المتقدمين إنه يصير المتعاقدان كأنهما فسخا العقد الأول وعقدا عقدًا ثانيًا بالزيادة.

فهذا تَمَنٍّ وتَشَهٍّ ومحض وسوسة هذيان، والزيادة تقتضي تقرير المزيد عليه ليصح الزيادة عليه، فكيف يتضمن إبطالها وإسقاطها؟ ثم ثبوت الزيادة والمزيد عليه أصلا، فإذا جعل كذلك فلا زيادة ولا مزيد عليه، ولأن عندهم تصح الزيادة بعد أن تلف المبيع في يد المشتري أو تحدث الثمار على الأشجار في يده أيضًا، وفي هذه الصورة لا يمكن تقدير الفسخ؛ لأن باب الفسخ ينسد عندهم بحدوث هذه الزيادة.

ولأن الحَطّ عندهم بمنزلة الزيادة، والحَطّ يصح لصاحب الحق وحده والفسخ لا يتصور ثبوته إلّا بعد أن يتفق المتعاقدان عليه.

وأما مسألة البيع بألفٍ وإعادته بألفين فهي على أصولهم.

وأما عندنا فالبيع الثاني باطل.

ومسألة التماس العتق بالألف فهي مسألة شاذة خارجة عن الأصول وعلى أن ملكَه سبب العتق عنه، والشيء يجوز أن يتضمن سببه فأما انفساخ العقد الأول وانعقاد عقد آخر فليس بسبب الزيادة حتى تتضمنه، وأيضًا فإن في تقدير البيع تحقيق العتق عنه، وليس في تقدير الفسخ تحقيق الزيادة بل فيه انعقاد العقد على وجهٍ لا يكون فيه مزيد عليه ولا زيادة، فبطل ما قالوه من هذا الوجه، ولم يبق لهم في المسألة شبهة فيه.

والله أعلم

❊ (**مَسْألَة**):

إذا اختلف المتبايعان والسلعة هالكة في يد المشتري تحالفا وفسخ العقد بينهما وَرَدّ البائع الثمن وَغَرِمَ المشتري قيمة المبيع[1].

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يتحالفان ويكون القول قول المشتري[2].

❊ **لنا:**

إن البائع منكر دعوى المشتري فيحلف كالمشتري لما كان منكرًا دعوى

(١) النكت: ورقة ١٤١/أ، المهذب ١/٣٨٩، شرح السنة للبغوي: ٨/١٧١ معالم السنن: ٣/٧٨١.
وهو قول محمد بن الحسن، الأسرار ٢/١٢٠/ب (مراد ملا).

(٢) الأسرار ٢/١٢٠/ب (مراد ملا).
المبسوط: ١٣/٣٠.

البائع حلف، والاستدلال فيهما بقوله ﷺ: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[1].

وأما دليل الوصف وفيه وقع التنازع أن كل واحد من المتعاقدين يدعي عقدًا غير العقد الذي يدّعيه صاحبه؛ [١٠٢/أ] لأن البائع يدّعى البيع بألفين وصاحبه ينكر ذلك، والمشتري يدّعى الشراء بألف وصاحبه ينكره، وهما غَيرانِ؛ لأنه لا يتصور العقد الواحد بألفٍ وبألفين وإنما يكون العقد بواحدٍ من هذين البدلين على التعيين.

وإذا ثبت أن كل واحد منهما يدّعي عقدًا غير العقد الذي يدّعيه صاحبه ثبت أن كل واحدٍ منهما مُدَّعٍ ومدّعًى عليه، وثبت الحلف، فإذًا ثبت الحلف من الجانبين، كما لو كانت السلعة قائمة.

يدل عليه: أنا أجمعنا على أن كل واحد منهما لو أقام البينة على ما ادّعاه يُسمع وكما لا بدّ في الاستحلاف من منكرٍ كذا في إقامة البينة من منكرٍ تقام عليه البينة ثم البائع لما تحقق إنكاره واعتبر في سماع البينة عليه من المشتري فوجب أن يحقق إنكاره، ويعتبر أيضًا في استحلافه كجانب المشتري مع البائع، والكلام في المسألة في غاية الظهور فلا حاجة إلى زيادةٍ وإطنابٍ.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٢١٨/٤، كتاب الأقضية، من ثلاث طرق: عن أبي هريرة، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جد، وعن عمر بن الخطاب.
وفي إسناده مسلم بن خالد الزنجي تكلم فيه غير واحد من الأئمة.
ورواه البيهقي في سننه: ٢٥٢/١٠ عن ابن عباس.

❁ وأما حجتهم:

تعلقوا بالخبر الذي روينا، وزعموا أن المُدّعى هو البائع على الخصوص والمنكر هو المشتري على الخصوص فتكون اليمين عليه وَلَا يمينَ على البائع وإنما قلنا ذلك؛ لأن البائع يدّعي على المشتري ألفي درهم ثمن العبد والمشتري يُقر بألف درهم وينكر الأخرى فكان منكرًا حقيقة، فأما المشتري يدّعي على البائع العبد، والعبد سالم للمشتري بإقرار البائع ملكًا وَيَدًا؛ لأنهما تصادقا أنه ملكه، وأنه قد سَلّمه إليه وهَلَكَ عنده وليس للمشتري مقصود من البيع سوى الملك واليد، والبائع قد أقر بسلامة ذلك كله للمشتري وليس يدّعي عليه المشتري شيئًا آخر بعد هذا فلم يكن البائع منكرًا للمشتري حقًا بوجهٍ ما، فمن أين تتوجه عليه اليمين؟

قالوا: وقولكم: «إن كل واحد منهما مُدّعٍ عقدًا غير العقد الذي يدّعيه صاحبه». قال: دعوى عقد آخر لا يُسمع من المشتري؛ لأن العقد لا يراد لعينه إنما يُراد لحكمه، وحكم العقد الذي يدّعيه المشتري ليس إلّا الملك واليد وقد حَصَلَ بالعقد الذي أقر له البائع، فالعقدان في تحصيل الملك واليد على المبيع لا يختلفان، ولو اختلفا إنما يختلفان في حق الثمن، والثمن حق البائع لا حق المشتري، فثبت بما قلنا إن المشتري بعقد آخر لا يطلب لنفسه مقصودًا فكانت دعواه غير صحيحة [ألا ترى أن مَنْ أقر لرجل فقال: «له عليّ ألف درهم من ثمن الجارية التي عندي»، وقال الرجل: «الجارية جاريتك ما بعتُكها، ولكن لي عليك ألف درهم قرض أو بدل غصب»، فإنه يأخذه بالألف ولا يلتفت إلى السبب في هذه الصورة وإن اختلفا فيه؛ لأن المقصود ليس




يختلف][1]؛ لأن الجارية تسلم للمقر في الحالتين وعليه ألف درهم، وكذلك في مسألتنا ليس يختلف حكم المبيع باختلاف العقدين، والمشتري لا يدّعي إلا المبيع فسقط دعواه عقدًا آخر.

قالوا: «وأما قولكم: إن بينة المشتري مقبولة».

قال[2]: قبول البينة لا يدل على توجه اليمين على الخصم الآخر، ألا ترى المودع لو ادّعى ردّ الوديعة أو الهلاك وأقام البينة تقبل بينته ثم لا يحلف المودع بالله ما استرد هذه الوديعة بل كانت اليمين على المودع بالله قد ردّها عليه، وكان المعنى في ذلك أن الدعوى بصورتها موجودة من المودع فقبلت البينة منه ولما كان[3] المدعي حقيقة هو المُودِع والمنكر حقيقة هو المودَع ولم يحلّف إلّا المودَع، كذلك ههنا قد وجدت صورة الدعوى من المشتري، ولكن ليس تجب هذه الدعوى حقيقة بل هي في الحقيقة إنكار لزيادة الثمن وإنما المدعي حقيقة هو البائع والمنكر حقيقة هو المشتري فلا يحلّف إلّا المشتري مثل تلك المسألة سواء.

وهذا لأن الشهود لا يعرفون باطن الأمر وحقيقته، وإنما عليهم نقل ما ظَهَرَ إلى مجلس القضاء فَقُبِلَ منهم ذلك القدر مبنيًّا على ظاهر الأمر وإن لم يكن له حقيقة، وأما الأيمان تبتني على حقيقة الإنكار لا على صورة الإنكار؛ لأن اليمين تجب على الخصم الذي هو عالم بحقيقة الحال فتجب اليمين إذا كان منكرًا حقيقة وإلا فلا تجب.

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار ٢/١٢١/أ (مراد ملا).
(٢) المصدر السابق.
(٣) في المخطوط: كانت.

يبينه: أن البينة متى قامت على الظاهر أفاد قبولها؛ لأنه تثبت مما يدّعيه من حيث الظاهر، وإذا ثبت ما يدّعيه من حيث الظاهر فينتفي عنه ما أنكره من حيث الحقيقة وأما الحلف على الإنكار من حيث الظاهر لا يفيد شيئًا؛ لأنه ينتفي عنه ظاهر من دعوى صاحبه غير أن صاحبه لا يدعي عليه شيئًا حقيقة حتى ينتفي عنه حقيقة، وإنما هو المدعي حقيقة واليمين [١٠٢/ب] ما وضعت للاستحقاق فبقيت يمينه لمجرد نفي ظاهر ولا فائدة فيه.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا الاختلاف قبل القبض والسلعة هالكة بفعل أجنبي وجنايته؛ لأن كل واحدٍ مدعٍ ومنكر.

أما إذا كانت السلعة قائمة وهي في يد البائع؛ فلأن البائع يدعي ألف درهم على المشتري وهو ينكر، والمشتري يدعي على البائع وجوب تسليم السلعة إليه بألف درهم والبائع ينكر وجوب التسليم إلّا بعد قبض الألفين.

وأما بعد هلاك السلعة وهو إذا قَتَلَ المبيع قبل القبض والقاتل أجنبي فالقيمة ههنا قائمة مقام السلعة فيكون البائع أحق بأخذها وحبسها إلى أن يستوفي الثمن فكان منكرًا وجوب تسليم القيمة فيحلف أيضًا.

[قالوا: وأما إذا كانت السلعة قائمة مقبوضة فالقياس ينفي يمين البائع أصلًا على ما بينا لكن تركنا القياس بالحديث المروي عن النبي ـ صلى الله عليه ـ أنه قال: (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا)[1] والحكم

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/١٠٧، نقلا عن المنذري في مختصره قوله:
«وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لا تثبت، وقد وقع في بعضها إذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه، وفي لفظ (والسلعة قائمة) وهو لا يصح فإنها من رواية=




الثابت بالنص بخلاف القياس لا يتعدّى إلى غير موضع النص ولم يرد النص بعد هلاك السلعة فبقي على أصل القياس][1].

قالوا: وإن احتججتم بالحديث المطلق فلا حجة لكم فيه ؛ لأنه لا يتناول إلّا حال قيام السلعة ؛ لأنه قال: (ترادّا) أو قال: (ويترادّان).

والرد إنما يكون بعد قبض سابق، والقيمة ما كانت مقبوضة من البائع حتى يردها فعلمنا أن الخبر لا يتناول إلّا حال قيام السلعة، فإنه في هذه الحالة يتصور ردها، إلى هذا الموضع انتهى طريقة أبي زيد رحمه الله[2].

وأما عامة مشايخهم قالوا: الهالك لا يكون محل فسخ العقد عنه، بدليل الرد بالعيب فإنه لو اشترى سلعة هلكت عنده ثم اطلع على عيب بها ؛ فإنه لا يرد بالعيب ويتعين الرجوع بالأرش وكذا في مسألة الإفلاس إذا كانت السلعة هالكة لا يفسخ العقد عندكم.

۞ **الجواب:**

أنا قد دللنا على إثبات كون كل واحدٍ منهما مُدعيًا ومدعى عليه.

والحرف: إن العقد يختلف باختلاف الثمن، والبيع بألفٍ غير البيع بألفين.

= ابن أبي ليلى وهو ضعيف وقيل: أنه من قول بعض الرواة. والله أعلم بالصواب.
ثم نقل عن ابن الجوزي في التحقيق «أحاديث هذا الباب فيها مقال، فإنها مراسيل وضعاف» اهـ.

(١) الأسرار ٢/١٢١/أ (مراد ملا).

(٢) الأسرار ٢/١٢٠/أ، ب (مراد ملا).

وقد قالوا: لو ادّعى أنه اشترى بألف فشهد شاهدان:

أحدهما أنه اشترى بألفٍ، والآخر: أنه اشترى بألفٍ وخمس مئة أو بخمس مئة لم يقبل ومثله في الدَّين المطلق إذا وقعت فيه الدعوى فإنه يثبت ما اتفقا عليه، والكلام من غير الاستشهاد صحيح على ما سبق فلا حاجة بنا إلى الاستشهاد.

وقولهم: «إن دعوى المشتري للعقد بألفٍ غير صحيحة».

قلنا: بل، هي صحيحة؛ لأن التنازع فيما مَلَكَ به العبد واستحقه به فهو إذا ادعى ملكه بالألف صحت دعواه؛ لأنها دعوى مفيدة في المال، وكل دعوى كانت مفيدة في المال فهي صحيحة.

وبيان الفائدة: أنه إذا ثبت ذلك بموافقة صاحبه إياه في ذلك أو بإقامة البينة سقطت عنه دعوى الألف الزائدة؛ ولأنه عند الإقالة أو الفسخ بوجهٍ آخر لا يرجع إليه إلّا بالألف.

وفصل البينة في نهاية الإشكال عليهم؛ لأنه لا يتصور قبول البينة إلّا في دعوى صحيحة.

وأما قولهم: «إن المشتري لا يدعي إلا ملك المبيع واليد فيه وهما سالمان له».

قلنا: بلى، ولكن يدعي سلامتهما له بعقدٍ بألفٍ، وصاحبه يعترف بسلامتهما بعقدٍ بألفين.

وقولهم: «أن السبب لا يُراد لعينه وإنما يُراد لحكمه».




قلنا: نقول أولا: إن الأحكام مبنية على الأسباب فلا يعرض عنها.

وعلى أن دعوى السبب إذا أفاد اعتبر، وقد بينا فائدته في مسألتنا.

وأما المسألة التي أوردوها وهي أنه إذا قال: لك عليّ ألف من ثمن هذا العبد الذي في يدي، وقال الآخر: العبد عندك ولي عليك ألف، فهذه المسألة على أصولهم، وعندنا مالم يوافقه على اعترافه لا تجب له عليه الألف، أو يوافقه هذا الآخر على ما يدعي من ألف القرض أو بدل المتلف، وعلى أن في تلك المسألة لا يمكن إظهار فائدة في ذلك الاختلاف، وههنا قد أمكن، والأولى المنع.

وأما عذرهم عن فصل البينة: فهو في نهاية الوهاء، فإنهم قالوا: «البينة تعتمد الظاهر من الأمور».

قلنا: أولًا يقال لهم: كل ظاهر لا حقيقة له فلا يعتبر به؛ لأنه يكون مجرد صورة لا معنى تحتها فيكون باطلًا، ثم نقول في مسألتنا: المشتري إذا أقام البينة على الشراء بالألف هل يقضي القاضي به أو لا؟ ولابد أن يقولوا يقضي به فإذا قضى القاضي به هل يكون البيع له حقيقة؟ فلابد أن يقولوا إن له حقيقة فإذا قَضَى بحقيقة البيع فقد ادّعى على خصمه [١٠٣/أ] ما له حقيقة فيكون خصمه منكرًا حقيقة.

وأما العذر، فهو أوهى من هذا؛ لأن يمين البائع مفيدة كما أن يمين المشتري مفيدة. ألا ترى أنه إذا حلف البائع سقطت دعوى المشتري وانتفت عنه خصومته مثل جانب المشتري سواء، واليمين ما شرعت إلّا لقطع

المنازعات فإذا وجدنا فائدتها حاصلة من قطع منازعةٍ مسموعةٍ فلابد أن تتوجه اليمين، ثم ينتقض جميع ما قالوه بما إذا كانت السلعة قائمة.

وأما قولهم: «إن في هذه الصورة ثبت التحالف بالنص».

قلنا: لا نص لهم في هذه المسألة، والخبر الذي رووا خبر باطل لا أصل له، والأصحاب رووا في مقابلته: «والسلعة هالكة أو قائمة تحالفا وترادّا» وكلاهما لا أصل له[1].

وإنما القدر المروي ما رواه سفيان عن ابن عجلان[2] عن عون[3] بن عبد الله بن عتبة[4] عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: (إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار)[5].

ورواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود أيضًا[6].

وكلا الروايتين مرسل[7]؛ لأن عون بن عبدالله لم يدرك ابن مسعود[8]

---

(١) سبق كلام المنذري في المختصر وابن الجوزي على هذا اللفظ في ص: ١٨١.

(٢) أي محمد بن عجلان.

(٣) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي أبو عبد الله الكوفي ثقة عابد، من الرابعة مات سنة ١٢٠، روى له مسلم وأصحاب السنن، ينظر: التقريب ص٢٦٧.

(٤) في المخطوط (عيينة) والتصويب من سنن البيهقي ٥/٣٣٢.

(٥) رواه الترمذي في سننه: ٢/٢٥٤، مع التحفة، باب ما جاء إذا اختلف البيعان، والبيهقي في سننه: ٥/٣٣٢، باب اختلاف المتبايعين، والبغوي في شرح السنة ٨/١٧٠، باب اختلاف المتبايعين، وأحمد في المسند: ١/٤٦٦.

(٦) رواه الدارقطني في سننه ٣/٢٠.

(٧) قاله الترمذي في سننه: ٢/٢٥٤، ٢٥٥ مع التحفة.

(٨) قاله الترمذي في سننه ٢/٢٥٥ مع التحفة، وذكره البيهقي في السنن: ٥/٣٣٢، وينظر:=



وكذلك القاسم[1] بن عبد الرحمن.

وعلى أنه دليل عليهم؛ لأنه ـ عليه السلام ـ قال: «فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار» وهذا دليل على استحلافه؛ لأن مَنْ جعل القول قوله في الدعاوي يكون مع اليمين.

ثم يقال لهم: أنتم لم تلزموا موضع النص لأنكم أجريتم التحالف إذا قَتَلَ العبدُ المبيع قبل القبض والسلعة ليست بقائمة، وأجريتم التحالف بين الوارثين مع فقد المتبايعين، فسقط التعلق بالنص الذي ذكرتموه من هذا الوجه فبقي الإلزام على ما ذكرنا.

وقول مشايخهم: إن الهالك لا يقبل الفسخ.

قلنا: التحالف ليس بفسخ العقد إنما هو لصحة الدعوى من الجانبين ثم إذا تحالفا ولم يكن الأخذ بأحد القولين بأولى من الآخر صار الثمن مجهولًا فبطل العقد من غير فسخ على أحد الوجهين وعلى الوجه الآخر لا يبطل بنفسه، يجوز أن يوافق أحدهما صاحبه بعد الحلف فيفسخ القاضي لتعذر القضاء بإمضاء البيع ولقطع المنازعة؛ لأنه لا يتصور قطع المنازعة إلّا بهذا، وهذا بعد الهلاك جائز، فإنه بعد هلاك السلعة لم[2] اتفق المتعاقدان على فساد العقد بجهالة الثمن يقبل اتفاقهما، كذلك ههنا بعد هلاك السلعة

= النكت للشيرازي: ورقة ١٤١/ب.

(١) القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المسعودي أبو عبد الرحمن الكوفي ثقة عابد من الرابعة مات سنة ١٢٠هـ أو بعدها، روى له البخاري وأصحاب السنن، ينظر: التقريب ص٢٧٩.

(٢) كذا في المخطوط ولعله «لمّا».

ظهر أن العقد فاسد لجهالة الثمن.

فإن قلتم لم يظهر فقد صار بمنزلته حيث لم يتفقا على ثمن معلوم ولم يعلم أن عقدهما على أي ثمن وقع في الابتداء، وأما مسألة الرد بالعيب فإنما لم يفسخ العقد بعد هلاك السلعة؛ لأن الغرض دَرْءُ الضرر عن المشتري وذلك بالفسخ تارة وبالرجوع بالأرش أخرى فأصلح الجهتين عند قيام السلعة هو رد المبيع وفسخ العقد وأصلح الجهتين عند هلاك السعلة الرجوع بالأرش؛ لأنه أقل للمنازعة.

فأما مسألة هلاك السلعة إذا مات المشتري مفلسًا فليس امتناع الفسخ لما قالوه؛ لكن لأنه لم يجد سلعته بعينها، وهو السبب في الفسخ عند الفلس على ما سنبين في تلك المسألة وفي مسألتنا فالسبب قد وجد من التحالف.

ويرد على طريقة مشايخهم:

إذا باع عبدًا بجارية وهلك أحدهما يصح التفاسخ وهو فسخ على الهالك، فإن قالوا: «إن الهالك تبع للقائم».

فهذا هذيان، فإنا نعلم أن كل واحد منهما معقود عليه، فكيف يكون أحدهما تبعًا للآخر؟، ولئن جاز أن يجعل الهالك تبعًا للقائم؟ فهلا جعلتم القائم تبعًا للهالك فيمتنع التقابل فيهما جميعًا، وليس لهم في هذه الطريقة مستروح أصلًا، واعتمادهم على ما سبق. والله أعلم.





※ (مَسْأَلَة):

البيع الفاسد لا يوجب الملك بحال عندنا، وسواء في ذلك اتصل القبض بالمبيع أو لم يتصل وهو لغو غير منعقد[1].

وعندهم: يوجب الملك إذا اتصل به القبض[2]، وهو منعقد على الفساد.

والمسألة تدور على معرفة ما تدل عليه حقيقة النهي:

فعندنا: النهي عن العقود الشرعية يوجب فساد المنهي عنه من غير تفصيل[3].

وعندهم: إذا كان لمعنىً في غيره لا يوجب فساده، وإذا كان لمعنىً في المنهي عنه يوجب فساده، وزعموا أن النهي عن البياعات التي اختلفنا فيها إنما هو بمعنى في غير المنهي عنه.

❋ لنا:

إن الملك حكم مشروع من قبل الله تعالى فلا يثبت إلّا بسبب مشروعٍ والبياعات الفاسدة التي اختلفنا فيها مثل البيع بالخمر، وبيع [١٠٣/ب] الدرهم بالدرهمين والبيع بشرطٍ فاسدٍ مثل خيار مجهول أو أجل مجهول غير مشروع فلا يوجب الملك، لأن المشروع للعباد بأفعالهم لا يثبت إلا بأفعال مشروعة،

---

(١) النكت: ورقة ١٤٣/أ، المهذب: ٣٥٧/١، المجموع: ٣٦٤/٩.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٨٥، المبسوط: ٢٢/١٣، فتح القدير: ٤٠٤/٦، رؤوس المسائل: ص٢٨٨.

(٣) قواطع الأدلة ٢٥٥/١، أصول السرخسي ٨٢/١، المغني للخبازي صـ٧٥، فتح القدير ٤٠١/٦

ونعني «بالمشروعية» إطلاق الشرع وإباحته، ولا تعرف المشروعية في عقود المعاملات إلّا بهذا، وإليه أشار قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1].

ثم الدليل على أن هذه البياعات غير مشروعة ورود النهي عنها، والنهي ضد الإطلاق فلا يكون المنهي عنه مطلقًا وإذا لم يكن مطلقًا فلا يكون مشروعًا.

يبينه: أن النهي يدل على الفسخ والفسخ محظور والمشروع والمحظور ضدان لا يجتمعان.

يدل عليه: أن النهي ضد الأمر فإذا كان الأمر يفيد كون المأمور مشروعًا فالنهي يفيد كون المنهي عنه غير مشروع، ولأن المشروع له درجات فأدنى درجاته الإباحة فإذا لم يكن مباحًا يكون نازلًا عن أدنى درجاته فَنَزَل إلى العدم، هذه كلمات مقولة منقولة مشهورة منشورة وهي قوية لا بأس بها.

ثم وجه التحقيق في المسألة وهو المعتمد: أن البيع لم يعرف بيعًا إلّا بورود الشرع به ولو لم يرد الشرع بالبيع لم يعرف البيع ولم يكن مفيدًا للملك، وهذا أمر لا يختلف فيه الفقهاء وغيرهم، لأن المعاملات كلها سمعيّة بلا خلاف فإذا ثبت هذا فنقول: إن الشرع لم يرد بالبيع إلّا بعوض مخصوصٍ على جهةٍ مخصوصةٍ بشريطةٍ مخصوصةٍ[2].

أما قولنا: «بعوض مخصوص» هو أن يكون مالًا متقومًا.

---

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

(٢) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف، باب القول في النواهي من ل ٣٩ ـ ٤٠.

وقولنا: «بشريطةٍ[1] مخصوصةٍ» فهي جهة الإعلام فلابد أن يكون المبيع والثمن معلومين، وكذلك المشروط فيه من الأجل والخيار فلابد أن يكون معلومًا، وقولنا: «بشريطةٍ مخصوصةٍ» فهي المماثلة قدرًا ويدًا وعينًا في أموال الربا، فإذا باع عينًا من ثوبٍ أو عبدًا بخمرٍ أو خنزيرٍ أو باع درهمًا بدرهمين أو باع بخيار مجهول أو أجل مجهول فلم يأت بالبيع على ما شرعه الشارع، فإذا لم يأت بالبيع على ذلك الوجه فلم يأت بالبيع أصلًا والملك بالبيع لا يثبت إلّا ببيعٍ فإذا لم يكن بيع لم يكن ملك، وهذا كالأنكحة الفاسدة فإنه لما كان النكاح مشروعًا على شريطةٍ مخصوصةٍ في محلٍ مخصوصٍ فإذا لم يأت بذلك على ما شُرِعَ لم يكن إثباته أصلًا، كذلك هاهنا.

فإن قالوا: إن البيع على الإطلاق هو المشروع، وهو معاوضة مال بمالٍ من متعاقدين هما من أهل العقد.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾[2] وكل ما سُمّي بيعًا من حيث اللغة يدخل تحت هذا التحليل المذكور.

۞ **والجواب يقال لهم أولًا**: قد وُصِلَ بقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[3] وبيع الدرهم بالدرهمين ربا، وعندكم هذا عقد مشروع مفيد للملك، ثم نقول: الآية وإن كانت مطلقة لكن قد اتصلت به بيان السُّنة؛ فكأن الله تعالى أحل البيع على ما بينته السُّنة، وهو مثل قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ

---

(١) كذا في المخطوطة ولعله: «جهة».
(٢) سورة البقرة، آية (٢٧٥).
(٣) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾[1] لما اتصل بالكتاب بيان السُّنة فكأن الله تعالى أمر بقطعهما بالسرقة على ما بينته السُّنة.

والذي يدل على هذا أنا لا نعرف أن البياعات التي نهيت عنها كانت صحيحة في وقتٍ ما غير منهي عنها، ولو كان الأمر على ما زعموا من الجري على ما يُسمّى بيعًا وتصحيحه بذلك فيقتضي هذا أن هذه البياعات كلها كانت صحيحة ثم نسخت بالنهي عنها، وهذا لم يقل به أحد من الأئمة.

كما أنه لا يعرف وجوب القطع بما يُسمّى سرقة ثم رفع ذلك بتقدير النصاب وشرط الحرز، بل لم يشرع القطع ابتداء بالكتاب إلّا على ما اتصل به بيان السنة، كذلك هاهنا لم يشرع البيع ابتداءً بالكتاب إلّا على ما اتصل به بيان السُّنة.

وقد قال الشافعي في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾[2] إنه مجمل لا يعرف المراد بظاهره إلّا ببيان اتصل به[3].

ويستدل عامة المشايخ بانتفاء الملك قبل القبض.

واستدلوا: على انتفائه بعد القبض، وقالوا: إن المانع من الملك عند العقد فساده، وذلك موجود بعد القبض فبقي المنع.

واستدلوا أيضًا: بسقوط المسمى، وقالوا: الملك بالبيع لا يكون إلّا

---

(١) سورة المائدة، آية (٣٨).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

(٣) ينظر: الأم: ٣/٢.



بعوضٍ فإذا لم يثبت الملك بالعوض المسمى وقد ملكه البائع به وتملّك المشتري به وتراضيا عليه فلأن لا يملك بغيره أولى.

واستدلوا: بوجوب نقض البيع ورد المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو ثبت الملك كان يوجب التقرير، لأن المشروع يقرر إلّا أنه ينقض ولم يجز رد الزيادة، لأنها فوائد حاصلة حدثت على ملكه وملكها ابتداء من ملكه، فكيف [١٠٤/أ] يجب رد الزيادة؟ وهذه فصول إلزامية والتعلق بها قوي جدًا، ولكن الاعتماد على الأول.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: بيع منعقد فيفيد الملك.

دليله: الصحيح، وهذا لأن الانعقاد أمر شرعي يثبت لحكم شرعي وهو الملك فإن البياعات ليست إلّا لإفادة الأملاك، فإذا تحققت البياعات كانت متحققة لأحكامها، قالوا: ولا يجوز أن يقال إن البيع قد ينعقد ولا يفيد الملك كالبيع المشروط فيه الخيار، لأن البيع بشرط الخيار مفيد للملك، ألا ترى أنّ بعد إسقاط الخيار يثبت الملك وثبوته بالعقد السابق إلّا أنه تراخي لمعنىً أوجب تراخيه.

وأمّا عندكم فالبيع الفاسد لا يوجب الملك بحال، ويستحيل أن ينعقد العقد غير موجب للملك بحال، لأنه إن وجد كذلك فيكون البيع حينئذ مُعيّنًا لعينه، ولا يُعنى لعينه إنما يُعنى لحكمه فلم يتصور بيع بلا حكم.

ثم استدلوا على الانعقاد بوجود البيع من أهله في محله، والبيع من أهله

إثبات البيع للملك فإذا صادف محله وصدر ذلك من أهله يثبت قطعًا كذلك هاهنا، والمعنى بالبيع هو الإيجاب والقبول، ومن الأهلية هو أن العاقد عاقل مميّز، وفي المحلية وجود المال من الجانبين.

قالوا: وأمّا النهي الوارد من الشرع فهو الدليل على تحقق البيع، لأن النهي عما لا يتصور سفه وعبث فإن ما لا يتصور لا ينهى عنه، فإنما يتصور النهي عن متكون فأما عن ما لا يكون فلا.

ألا ترى لا يقال للأعمى لا تبصر ولا للآدمي لا تطر، فدل أن النهي عن البيع على تحقق البيع.

قالوا: ولا يقال إنه متصور محسوسًا وإن لم يتصور مشروعًا، لأن البيع بيع بالشرع لا بالحسّ، وكذا الصوم فإن النهي عن البيع ينصرف إلى بيع حقيقة، وكذلك النهي عن الصوم ينصرف إلى صوم حقيقة والذي هو بيع حقيقة بيع منعقد فالنهي عنه دل على تكونه.

يبينه: أن حقيقة النهي لطلب الكف عن الفعل، وحقيقة الأمر لطلب الفعل فإذا لم يَكُفّ وفَعَلَ فماذا حكمه فموقوف على قيام الدليل.

قال أبو زيد في الأصول[1]:

النهي ليس لإعدام الشيء بنفسه في عينه بل هو طلب إعدام الشيء بِكَفِّ العبد عنه، كما أن الأمر ليس بإيجاد الشيء بنفسه لكنه طلب الإيجاد بفعل العبد إياه، وإنما يتصور إعدام الشيء بِكَفِّ العبد عنه إذا كان يتصور وجوده

(١) ينظر: تقويم الأدلة: ورقة ٢٣/ب، (فيض الله أفندي) رقم ٦٩٠.

بفعله، فأما إذا لم يتصور وجوده بفعله لم ينعدم بِكَفِّ العبد عنه.

قالوا: ولأن النهي في مسألتنا لمعنىً في غير المنهي عنه فلا يمنع انعقاد البيع كالبيع وقت النداء والبيع على بيع أخيه، والخِطبة على خِطبة أخيه، ومن غير هذا الباب: الصلاة في الدار المغصوبة والطلاق في حال الحيض.

وإنما قلنا إن النهي لمعنىً في غير المنهي عنه، لأن البيع بيع بما قلنا من وجود الأهلية والمحلية على ما سبق، والنهي ليس لهذا بل لمعنىً وراءه. أمّا البيع بشرط خيار مجهول أو أجل مجهول، والخيار والأجل معنيان وراء البيع، ألا ترى أنه يوجد البيع بلا خيار ولا أجل.

وأمّا بيع الدرهم بالدرهمين، فالنهي لتسمية فضلٍ خالٍ عن العوض وهو أمر وراء البيع.

وأمّا البيع بالخمر والخنزير قالوا: عندنا هما مالان إلّا أنهما ليسا بمتقومين فالنهي لعدم التقوّم وهو أمر وراء العقد، فتبين أن النهي في هذه الصورة لمعنىً في غيره فلم يمنع انعقاده إلّا أنه يفسد البيع في هذه المسائل؛ لأنه وإن كان النهي لمعنىً في غيره إلّا أن ذلك الغير متصل بالبيع، لأن النهي عنه وإن كان غيره إلّا إنه متصل بالبيع على معنى أنه إذا صح يصير حقًا من حقوقه ووصفًا من أوصافه فيسلبُ وصفَ الصحة من البيع، وهذا لأنه فساد في الوصف فيسلب الوصف ولا فساد في الأصل فيثبت الأصل.

وأمّا البيع وقت النداء إنما صح، لأنه نهي بمعنىً في غيره وذلك الغير ليس متصلاً بالعقد، لأنه ليس بوصفٍ من أوصافه ولا حق من حقوقه بل هو

منفصل عنه فلم يسلب الأصل ولا الوصف.

قالوا: فعلى هذا صار النهي ثلاث مراتب:

* نهي عن الشيء لمعنىً في عينه، مثل: النهي عن البيع بالميتة والدم فإنه نهي عنه لفقد المالية في أحد العوضين فيفوت به ركن البيع أو يفوت حدّه، لأن حدّه: مال بمالٍ أو ركنه المالية، وكذا بيع الحر والخمر والخنزير، لأن المالية فائتة في المعقود عليه إذا باع حُرًا، والتقوّم فائت في المعقود عليه [١٠٤/ب] إذا باع خمرًا أو خنزيرًا، ومحل العقد هو المعقود عليه، والمعقود عليه هو البيع فإنما يصلح لمحلية العقد مال عزيز متقوّم شرعًا ويطلب بالعقود عرفًا.

فأمّا المُهان التي لا قيمة له شرعًا لا يصلح محلًا للعقد غير أنه لما كان مالًا في الجملة يصح تسميته عوضًا لينعقد به العقد لا لينعقد عليه، وعلى أن ذكر الثمن عندي غير مشروطٍ لانعقاد العقد فإذا اشترى بالخمر يجعل كأنه ترك ذكر الثمن أصلًا، وفي المبيع لابد من ذكره لينعقد عليه العقد فإذا كان محرمًا صار ذكره كلا ذكر فامتنع انعقاد العقد، وربما يقولون لكونه غير متقومٍ لم يصح إيراد العقد عليه لاستحقاق عينه، ولأنه مال صح ذكره لاستحقاق ما يقابله كالمستحق على أصلهم.

* والمرتبة الثانية في النهي: نهي عن الشيء لمعنىً في غيره ولا يتصل به كالنهي عن البيع وقت النداء وأشباهه فيبقى العقد على الصحة كما لو لم يكن فيه نهي، وعمل النهي في الكراهية.

* والمرتبة الثالثة في النهي: نهي عن الشيء لمعنىً في غيره إلّا أن

ذلك الغير متصل به على المعنى الذي قدمنا فيكون عمله في إفساد العقد لا في منعه أصلًا.

قالوا: وهذه مرتبة الثالثة للنهي أدركناها بلطيف نظرنا ولم تدركوه فأنتم معذرون بالتقصير ونحن مشكورون بالوصول إليه ووجوده، ولا سواء بين معذور ومشكور.

قالوا: وليس كالنكاح الفاسد، بعضهم قال: ينعقد وتملك المنافع بالقبض وهو الوطء، وليس بشيء.

وقال أبو زيد في العذر: أن النكاح غير منهي عنه لعدم الشهادة لكنه مشروط بشرط الشهادة والمشروط قبل الشرط معدوم، وفي مسألتنا البيع منهي عنه على ما سبق.

والأحسن لهم في العذر: إنه لا يمكن الحكم بعقد النكاح، لأن الثابت بالعقد الفاسد ملك حرام، والنكاح بلا حِلّ لا يكون نكاحًا، وفي مسألتنا الثابت ملك اليمين وهو نوعان: حلال وحرام فالملك الحرام كالخمر، وملك الصيد للمحرم، فإذا صح السبب كان ملكًا حلالًا وإذا فَسَدَ السبب كان حرامًا.

وقالوا: أما انتفاء الملك بنفس العقد كان لضعفه بفساده فإذا قوى بالقبض ثبت الملك به كالهبة لما ضعفت قبل القبض لم يوجد الملك وإذا قويت أوجبت، وعلى أن الملك في البيع يكون بعوضٍ، وقد قام الدليل على أن العوض هو القيمة وهي تجب في البيع بالقبض فوقف الملك عليه.

قالوا: وأمّا ضمان القيمة وسقوط المسمى فإنما كان كذلك، لأن الأصل

ضمان القيمة فإن عقود المعاملات على المعادلة، والمعادلة إنما تتحقق بين الشيئين بالقيمة إلّا إنه سقط هذا العوض بالمسمى إذا صح، فإذا لم يصح يعاد إليه.

وربما يقولون: الأصل ضمان القيمة، وإنما أمر بالتسمية لقطع المنازعة، فإذا لم يُسمّ على أمر الشرع به يرجع إلى الأصل.

ثم قالوا: بفصل الضمان نستدل عليكم فإن الضمان ضمان العقد لا ضمان القبض، لأن القبض المأذون فيه لا يوجب الضمان وإذا وجب ضمان العقد ثبت انعقاد العقد.

قالوا: وأما استحقاق فسخ العقد فلفساده.

وأمّا استرداد الزوائد فلانفساخه من الأصل لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره، إلّا أنّ في الرد بالعيب ضَعُفَ السبب؛ لأنه مجرد فوات جزء ويمكن تلافيه بالأرش[١] فالزيادة منعت الفسخَ وصير إلى الأرش، وفي مسألتنا قوي سبب الفسخ لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره عليه فلم تمنع الزيادة منه فانفسخ من الأصل، ووجب رد الزوائد كأنها حدثت على ملك البائع.

قالوا: ولأن رد الزوائد لا يدل على فقد الملك كالمريض إذا وَهَبَ جاريةً لإنسان وعليه دين ولا مال له غيرها، وولدت للموهوب ثم مات تسترد مع الولد وقد مَلَكَها الموهوب له، وكذلك مَنْ عليه الزكاة إذا عَجّلَ شاةً من نصاب الغنم وولدت في يد الفقير، ثم عرض عارض منع وجوب الزكاة عند

(١) سبق تعريفه: ١/٦٤٣.



الحول تسترد الشاة مع ولدها وقد مَلَكَها الفقير.

إلى هذا الموضع انتهت هذه الطريقة وتخريج المسائل، وقد بقي فصلان يتعلقون بهما وهما في نهاية الإشكال:

* أحدهما: فصل الكتابة الفاسدة فإنها تفيد العتق عند الأداء والعتق في الكتابة مثل الملك في مسألتنا.

* والفصل الثاني: إذا جامع في إحرامه يفسد إحرامه ويبقى الإحرام على فساده؛ بدليل وجوب المضي وتوجه الأداء ووجوب الكفارة عند ارتكاب المحظور وهو بقاء الإحرام، وسنتكلم على الفصلين مما يحل الإشكال به.

۞ **الجواب** [١٠٥/أ]:

أما دعوى انعقاد العقد فباطل، وما دلوا عليه من وجود الأهلية والمحلية غير كافٍ، بل لابد مع ذلك من عقده على شرط الشرع وهو خلوه عن الأسباب المفسدة وقد سبق بيانه.

والتعلق بالحسّيات ليس بشيء، لأن ما نحن فيه عقد شرعي فيتبع فيه مورد الشرع.

وأمّا قولهم: «النهي عن الشيء يدل على تحقق ذلك الشيء وتكوّنه».

قلنا: نعم، حسًا، فأما شرعًا فلا، ويمكن أن يقال يتحقق لولا الشرع، وقد ذكرنا اعتراضهم على هذا ووجه الخروج عنه أن النهي لطلب الامتناع عن الشيء.

قالوا: «ولا يمكن طلب الامتناع في الشيء إلّا بعد تصور فعل الشيء منه».

فيقال لهم: إنما طلبتم تصحيح النهي عن الشيء معقولًا ومحسوسًا لا مشروعًا فيتبع الحسّ فنقول: قد تصور البيع محسوسًا فتصور النهي وعقد ثم حينئذ ينظر: إلى عمل النهي بحسب ما يدل عليه الدليل فقد دلّ الدليل على أن عمل النهي إعدام المشروعية.

والحرف الوجيز: أن البيع مشروع ومحسوس فمن حيث تحقق النهي معقولًا يعتبر المحسوس ثم كونه مشروعًا يفوت بالنهي فيبقى بيع محسوسًا لا مشروعًا، فلم ينعقد ولم يفد الملك لما بينا أن الحكم المشروع يتبع السبب المشروع هذا جوابه، والجواب الثاني بالتخريج على ما اعتمدنا عليه: وهو إن النهي عن هذه البياعات إخبار عن نفي المشروعية فيها، وبيان أن الشرع إنما شَرَعَ ما وراءها مثل النهي عن بيع الحر ونكاح الأمهات والبنات، وكذلك قوله عليه السلام: (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها...)[1] الخبر.

فإن قالوا: هي كلها نفي إذًا، والنفي غير والنهي غير».

قلنا: بلى، هي في الشرع نفي المشروعية، وهذا لأنا نتبع الدليل، وقد قام الدليل في هذه المواضع إنه عبارة عن النفي فعملنا به، ولا كلام لهم على

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٩/١٦٠ مع الفتح، باب لا تنكح المرأة على عمتها...
ومسلم في صحيحه: ٩/١٩٠ مع النووي، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها...
وأبو داود في سننه: ٢/٥٥٣ مع المعالم، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء.
وابن ماجة في سننه: ١/٦٢١، باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.
والدارمي في سننه: ٢/١٣٦، ومالك في الموطأ: ٣/٣٠٢ مع المنتقى، باب ما لا يجمع بينه من النساء، والترمذي في سننه: ٥/٥٥ مع العارضة، باب لا تنكح المرأة على عمتها.
والنسائي في سننه: ٦/٨٠، ٨١، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها.



هذا أصلًا إذا قررنا على ما سبق.

وأما قولهم: «إن البيع نهي عنه لمعنىً في غيره».

فهذا الكلام لا يرد على هذه الطريقة أصلًا، ثم نقول:

النهي عن العقود الشرعية يوجب فسادها في أيّ موضعٍ وَرَدَ على أيّ وجهٍ وَرَدَ من غير تفصيلٍ.

ويقال لهم على قولهم: «إن النهي وَرَدَ لمعنىً في غيره أو لمعنىً في عينه».

لا يتصور ورود النهي عن الشيء لمعنىً في عينه إذا كان يباح جنسه بحالٍ، نعم، في الظلم والكفر، ربما يمكن أن يقال بهذا، وأما العقود التي أباحها الشرع فكيف يتصور أن يقال أنّ النهي يرد لعينها في موضعٍ ما، وعينها مشروعة في مواضع كثيرة؟ فليس هذا بشيء، بل الصحيح أن النهي إذا كان متصلًا بالعقد فلابد من فساد المنهي.

فإن قالوا: إن النهي في مسألتنا للشرط فهو المنهي عنه.

قلنا: لا، بل كلاهما منهي عنه، لأن النبي ـ صلى الله عليه ـ «نهى عن بيع وشرط»، وهذا نص عنهما، ولأن البيع بهذا الشرط منهي عنه، والشرط في البيع منهي، عنه فكلاهما منهي عنه قطعًا.

يبينه: أن النهي عن الشيء يدل على قبحه سواء كان لمعنىً في عينه أو في غيره كذا يدل على الفساد.

فإن قالوا: إنما يدل على القبح بواسطة دليلٍ وهو أن الحكيم لا ينهي

إلّا عن القبيح، وكذلك الأمر يدل على الحُسن بواسطة دليلٍ وهو أن الحكيم لا يأمر إلّا بالحُسن وإذا كان القُبح بواسطة دليل لا يأمر إلّا بحسن ولم يدل الدليل على الفساد بنفسه.

قلنا: نهي الحكيم دليل القُبح في نفسه، وأمر الحكيم دليل الحُسن في نفسه، فيكون دليل الفساد في نفسه؛ لأن القبيح والفاسد في الشرع واحد.

أما المسائل اللازمة:

أما مسألة البيع وقت النداء: فالنهي عن تأخير الجمعة لا عن البيع؛ بدليل أنه لو سعى إلى الجمعة وباع وهو يسعى لم يكره ولم يدخل تحت النهي، ولو اشتغل بعمل آخر سوى البيع دخل تحت النهي، وكذلك في الصلاة في الأرض المغصوبة فالنهي هناك عن شغل أرض الغير لا عن الصلاة حتى لو شغل أرضه بغير الصلاة دخل تحت النهي الذي ذكرنا، في البيع على بيع أخيه، النهي عن إيذاء الغير حتى لو آذى بسبب آخر كان منهيًا عنه.

وكذلك الطلاق في حال الحيض النهي عن الإضرار بالمرأة بتطويل العدة عليها، حتى لو طَلّق قبل الدخول والمرأة حائض لم يكره مع وجود الحيض لعدم الإضرار، ولو طَوّلَ العدة بالطلاق ثم بالمراجعة ثم بالطلاق ثم بالمراجعة كُرِهَ ولا حيض فتبين بانفصال النهي عن هذه الأشياء في هذه المواضع، وانفصال هذه الأشياء عن النهي أن هذه الأشياء غير منهي [١٠٥/ب] عنها حقيقة فلم يوجب فسادها بخلاف مسألتنا فإن الانفصال غير متصور فإذا لم يتصور الانفصال، والنهي إن كان لمعنى شرط الخيار أو الأجل لكن هذا إذا شُرِطَ في البيع صار حقًا منه فيكون الشرط والبيع شيئًا واحدًا والنهي عن



البيع لأجله، والنهي عن البيع عينه واحد، ثم الدليل على الفرق بين مسألتنا وهذه المسائل فساد العقد في مسألتنا وعدم الفساد في هذه المواضع، والذي قال إن الذي نهى عنه متصل بالعقد.

قلنا: قد جعلناه دليلًا عليكم، ثم يقال لهم: هو إن كان متصلًا به على ما قلتم لكن افصلوه عنه لفساده، أو قولوا يبطل الشرط لفساده ويصح العقد كما قلتم في الشروط الفاسدة المشروطة في النكاح.

وقد قال الخصوم في هذه المسألة: إن البيع في مسألتنا فاسد بوصفه لا بأصله، وربما يقولون مشروع من وجهٍ دون وجهٍ وَعَنَوا ما قلنا، والجواب ما سبق، ولا يلزم على ما قلنا الأيمان على المعاصي؛ لأن الأيمان عندنا أسباب الكفارات، والكفارات مؤاخذات، والمؤاخذات تكون بالمعاصي فيكون وجوب الكفارات بالأيمان التي هي معاصٍ أولى، وعلى هذا الظهار يكون سببًا للكفارة بهذه الطريقة، وأما تعلقنا بفصل النكاح الفاسد فصحيح.

وقولهم: «إنه ينعقد».

فباطل؛ لأنه لو انعقد مع الفساد لوجب أن يحل بالطلاق، ولأن النكاح لو انعقد لكان يفيد الحِلّ؛ لأن النكاح يعقد له.

وأما قولهم: «إن النكاح مشروط بشرط الشهادة».

قلنا: والبيع مشروط بشرط خلوه عن الشروط الفاسدة.

فإن قالوا: «الخلو عَدَمٌ والعَدَمُ لا يكون شرطًا كما لا يكون علة».

قلنا: أليس شُرِطَ في النكاح عدم العدة؟ كذا في البيع صح شرط خلوه

عن الأجل المجهول.

قولهم: «إن إثبات الحِلّ لا يمكن».

قلنا: أثبتوا ولا تبالوا، فإن قالوا: بالسبب الفاسد كيف يثبت الحِلّ؟

قلنا: كما جاز ثبوت الملك بالسبب الفاسد فليجز ثبوت الحِلّ به؛ وإلّا فما الفرق؟ وأما فصل الكتابة الفاسدة فهو في نهاية الإشكال.

وقد قال بعض أصحابنا: إن الفساد في الكتابة بفساد العوض، والعوض تبع في الكتابة؛ مثل المهر تبع في النكاح وبيان ذلك:

أن العوض تبع في باب الكتابة، إن السيد لا يعقد الكتابة ليطلب العوض؛ لأنه يمكنه استكساب العبد وتبقية الرق، ولكن الكتابة عقد معقود لمحض حق العبد وإيصاله إلى العتق، وهذا ليس بشيء؛ لأنه كيف يكون العوض تبعًا وبترك ذكره تفسد الكتابة كالبيع بخلاف النكاح، نعم، كان يصح هذا الجواب لو قلنا إن الكتابة لا تفسد، فأما إذا سُلّم لهم فساد الكتابة بفساد العوض حتى لا يلزم من قبل السيد العقد ويفسخ متى شاء ويثبت غير هذا من أحكام العقد الفاسد منها:

وجوب القيمة بعد أداء العوض المذكور، والندب إلى رفع هذا وإعادته عقدًا صحيحًا وغير ذلك فلا يصح هذا الجواب.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إنما يعتق لا بحكم الكتابة الفاسدة بل بحكم التعليق بالصفة؛ لأن عقد الكتابة يشتمل على تعليق العتق بالشرط.

وربما يقولون: لابد منه فمن يجيب بهذا يقول: في الكتابة سببان للعتق:




الكتابة والتعليق بالصفة فإن أمكن إثبات العتق بالكتابة وإلّا أثبتنا بجهة التعليق بالصفة، وهذا أيضًا ضعيف؛ لأنهم يقولون عقد الكتابة جهة معلومة للعتق؛ لأنه عقد لاستحقاق الرقبة واستحقاق الرقبة بالعتق، والعتق بالتعليق جهة أخرى غير هذا الجهة، ولهذا المعنى ثبت في الكتابة من الأحكام ما لا يثبت في التعليق بالصفة؛ من فَكِّ الحجر في المال، واستحقاق الأكساب والأولاد، وغير ذلك.

فإن قلتم: إن العقد ليس بكتابةٍ أصلا، فهو خرق الإجماع، ولأن العقد إذا قَبِلَ الصحة قَبِلَ الفساد، وإن قلتم: إن المعقود عقد الكتابة، فالحاصل من العتق يكون بها لا بجهةٍ أخرى، ولأنكم إن قلتم: إن التصريح بالتعليق بالأداء ليس بشرط فعقد الكتابة هو الذي اشتمل على العتق عند الأداء فإذا فسد العقد فسد ما يشمل عليه. وإن قلتم هو شرط فمحال؛ لأن عقد الكتابة إذا كانت معقودة على الرقبة وهو عقد استحقاق الرقبة فمن أين يشترط في الاستحقاق تصريح بالاستحقاق عند الأداء؟ ألا ترى لا يشترط في البيع أن يقول: «على أني أملكه عند البيع وأتصرف عند القبض» ولأنه يصح فسخ عقد الكتابة فاسدًا كان أو صحيحًا، ولو كان العتق بجهة التعليق لم يصح فسخه وليس في هذا الفصل منع.

فإن قلتم: إنه مشروط في عقد الكتابة فيبطل بفسخه.

نقول: هو [١٠٦/أ] مشروط في عقد الكتابة فليفسد أيضا بفساده ويلزمون أيضًا سلامة الأكساب والأولاد وهي مسلمة على ظاهر المذهب، ولأن العتق بجهة الكتابة لا يتصور بدون سلامة الأكساب والأولاد وهذا الجواب ضعيف

أيضًا عند التأمل.

ومن أصحابنا مَنْ اقتصر على مجرد المجادلة وقال: لا جامع بين الكتابة والبيع؛ لأن صحة الكتابة يخالف عقود المعاوضات؛ لأنها في الحقيقة معاوضة ماله بماله وعقد السيد مع عبده، وإذا كان هذا حكم الصحيح فما الظن بفسادها، ولأن الفاسد من عقد الكتابة يفضي إلى حصول كمال المقصود حتى يوجب تقرير الملك في الأكساب ويوجب استتباع الأولاد، ولا يكمل المقصود بالبيع الفاسد بحالٍ حتى لا يتقرر الملك ويجب الرد قال: والحزم هو الاكتفاء بهذا القدر.

وعندي الاكتفاء بهذا الجدال المحض ليس من الفقه في شيء ومَن اقتنع بأمثال هذا في المسائل فهو زائغ عن طريقة المحققين راضٍ[1] من نفسه بما يجهله.

وغاية ما في الباب أن عقد الكتابة مخالف لسائر العقود.

والقياس ألا يجوز، لكن إذا جوّزنا وقَبِلَ وصفي الصحة والفساد يوفر على الصحة مقتضاه وعلى الفاسد مقتضاه كما في السَّلم والإجارات.

۞ **والمعتمد من الجواب:**

أن الكتابة عقد عتاقة، والعتق مبني في الشرع على أنه يجب السعي في تحصيله ويطلب وجوده بالتمسك بأدنى شيء يمكن التمسك به من وجهٍ ما، ولهذا يُكتفى في سببه ومحله بما لا يُكتفى به في الأملاك.

(١) في المخطوط: راضي.

أما المحل فالدليل عليه: أنه إن أعتق جزءًا من عبدٍ وإن قلّ يسري إلى جميع الأجزاء مع تركه مباشرة العتق إلّا في هذا القدر.

وأما السبب فإن الشرع اكتفى في تحصيله بمجرد القرابة ويعقد من السيد مع عبده في الكتابة وبأداءٍ من ماله إليه في قوله: «إذا أدّيت إليّ ألفًا فأنت حر» واحتمل فيه من الغرر والحظر مالم يحتمله في شيءٍ من المواضع.

وإذا عرف هذا الأصل من العتق فنقول: في الكتابة باشر السبب أعني سبب العتق وأخل بشرط فيجعل الشرط المتروك كالمذكور فيما يرجع إلى العتق كما يجعل السبب المتروك في بعض المحل كالموجود المفعول وإن لم يفعله، فيجعل ههنا الشرط المتروك من إعلام العوض وغيره كالمذكور والمشروط.

وأما سلامة الأكساب والأولاد وَفَكّ الحجر وغيره أتباع في هذا العقد فإذا اعتُبر هذا العقد شرعًا فيما هو الأصل أُلحق به الأتباع.

والحرف: إن الإعراض عن حكم الفساد في الشرع وقع لأجل العتق كما حصل الإعراض عن باقي المحل المعتَق بعضه لأجل العتق وتنبني صحة هذا الجواب بأصلهم فإن عندهم البيع الفاسد لا يوجب الملك بنفسه وإذا أوجب ملكًا يستحق النقض، والكتابة توجب العتق على ما أوجبه الصحيح منها وَوَجَبَ بها عتق مستقر لا يُنقض ولا يُرفع وليس هذه المفارقة إلا إن هذا عتق وهذا جواب حسن جدًا ولا يعرف معنى على الأصلين سوى هذا ولابد في قبوله من فصل نظرٍ وتمام عنايةٍ وتأملٍ عن الجهة الحُسنى والله المعين بمنّه.

وأما فصل الإحرام: فالوطء فيه جناية، وقد أفسد الحج إلّا إن الحج بقاءه فيه منسوب إلى الشرع وهو نوع معاقبة على الجناية وتشديد الأمر على مرتكبها؛ وهذا لأن الإحرام وأداء الحج ابتلاء صعب وكُلفة عظيمة وعبادة شاقة وفتح باب الخروج عنه مساهلة وسدّ باب الخروج تغليظ وتشديد وهو لائق بالجنايات.

وأما الفساد فقد عَمِلَ عمله حتى منع الإجزاء وأوجب استئناف الأداء، والإجزاء في الحج كالملك ههنا فصار فصل الحج حجة عليهم فإن الفاسد لا يفيد الإجزاء بحال فالفاسد ههنا وَجَبَ أن لا تفيد الملك أيضًا بحال.

فقد طالت المسألة جدًا وخرجت عن المشروط في الإيجاز لكنها لما كانت أصلًا في أصول الشرع وقاعدة من قواعده فبلغنا النهاية في التحقيق والكلام على معانيها، وإنما يعرف تعبنا في مثل هذه المسائل وما استخرجنا بلطيف نظرنا مَنْ تبحّر في معاني الفقه وسَبَرَ طرق الأصحاب وَعَرَفَ مغزى كلامهم ومنهاه، فتبين له لطيف صنع الله تعالى معنا في الغوص على هذه الجواهر المكنونة والوقوف على هذه الدرر المختارة وحمدًا لله على توفيقه، والله أعلم.





※ (مَسْأَلَة):

بيع الفضولي باطل عندنا[1][١٠٦/ب].

وعندهم: صحيح[2].

وصورة المسألة إذا باع مال الغير بغير إذنه فعندنا هو باطل.

وعندهم: منعقد صحيح ويتراخى الملك واللزوم إلى إجازة المالك، وكذا الخلاف في سائر العقود.

لنا:

إن البيع عقد تمليك فلا يصح إلّا من المالك، وهذا مستغن[3] عن الأصل وإن احتاج إلى أصل فقياسًا للعقد الموقوف على العقد النافذ اللازم وإنما قلنا عقد تمليك؛ لأن البيع ليس له معنى إلّا إيجاب الملك للمشتري بعوضٍ وإيجاب الملك تمليك، فدل أنه عقد تمليك، ولأن قوله: «بعتُك هذا العبد وملكتُك هذا العبد» واحد؛ وهذا لأن إيجابه لغيره ما ليس له محال وسعي ضائع.

فإن قالوا: هو تمليك موقوف وغير المالك إنما لا يصح منه التمليك الناجز، فأما التمليك الموقوف فيصح منه.

---

(١) المهذب: ٣٤٩/١، المجموع: ٢٥٠/٩، التهذيب للبغوي: ورقة ٦٣/ب، كتاب البيوع.

(٢) مختصر القدوري: ٢٥٣/١، تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين: ١٠٦/٥، الهداية مع شروحها: ٥١/٦، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٥٠٦/٢، وهو القول القديم للشافعي، ينظر: التهذيب ورقة ٦٣/ب (كتاب البيوع).

(٣) في المخطوط: مستغنى.




۞ والجواب:

إنه باطل سواء كان موقوفًا أو غير موقوف، فإن بطلانه جاء من قبل أنه تمليك ومن ضرورة التمليك وجود الملك له وهذا كالحسيّات فإن من ضرورة النقل الحسي وجود منقول، كذلك في ضرورة النقل الحكمي وجوده ولا منقول، فكيف ينقل موقوفًا أو غير موقوف.

فإن قالوا: إنه تمليك من قبل مالكه لا من قبل العاقد.

قلنا: كيف يكون تمليكًا من قبله وهو لم يعقد ولا عَلِمَ بالعقد وان كان تمليكًا من قبل العاقد عليه فلابد من ولاية له عليه ليملّكَه من قبله ولا ولاية له فلم يبق لجواز هذا العقد وجهٌ ما.

وقد ذكر نوع آخر من الفقه: وهو إن العقد يعقد لحكمه ولا حكم لهذا العقد فلا عقد، ونعني «بالحكم» هو الملك.

والحرف: أن عندهم قد انعقد هذا العقد وليس يتصور انعقاد عقد يتخلف عنه حكمه؛ وهذا لأنه إنما ينعقد لحكمه فإذا لم يكن حكمه لم ينعقد، والأول أحسن.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: تصرف صدر من أهله في محله فينعقد، كما لو صدر من المالك وإنما قلنا صدر من أهله؛ لأنه عاقل مميز، والأهلية بالعقل والتمييز، وإنما قلنا في محله؛ لأن محل العقد هو المال، ومحل العقد هو المال الذي يقبل النقل من مالكٍ إلى مالك.

يبينه: أن العقد إنما يحتاج إلى فاعل يفعله وإلى محل ينفعل فيه، وقد وجد للشيء فاعل يفعله، ومحل ينفعل فيه لابد أن يصير مفعولًا كذا ههنا.

قالوا: ولأنه لو امتنع ثبوت العقد لا يمتنع لحق المالك فلا يجوز أن يمتنع لحقه؛ لأن الذي له هو الملك وحق ملكه أن يُصان عليه وليس في انعقاد هذا العقد إبطال لحقٍ له ولا ترك صيانة لملكٍ له بوجهٍ ما فلم يمتنع انعقاده لحقه.

والحرف: أنا لا نبطل لحقه مالًا يؤدي إلى تضييع حقه.

يدل عليه: أن فيما قلناه عملًا بالدليلين لأنا نقول ينعقد العقد لوجود الأهلية والمحلية، ولأن كلام العاقل البالغ لا يلغى ما أمكن، ونقول لا يثبت الملك للمشتري به صيانة لحق المالك عليه فهذا وجه العمل بالدليلين.

وفيما قلتم إلغاء أحد الدليلين وهو دليل الانعقاد فلا يجوز، وربما يعبرون عن الكلام الأول فيقولون: هو وإن تصرف في ملك الغير ولكن لا ضرر على ذلك الغير في تصرفه فلا يُنقَض ولا يرد، كَمَنْ نظر إلى غلام الغير أو جاريته أو استظل بأشجاره وجدرانه منه وإن تصرف في ملك الغير؛ لأنه لا ضرر عليه في هذه التصرفات فلم يمنع منها لما ذكرنا.

قالوا: وقولكم: «عقد تمليك» بلى، ولكن لا يطلب لجواز عقد التمليك إلّا وجود ترتب الملك على العقد إما في الحال أو ثاني الحال، وههنا يترتب عليه الملك في ثاني الحال إن لم يترتب في الحال وذلك عند الإجازة فجاز هذا العقد وانعقد لانتظار هذا الحكم، وبهذا اعترضوا على قولنا: «إنه لا

حكم لهذا العقد». قالوا: لا، بل حكمه موجود وإن تراخي عين العقد وذلك عند الإجازة من المالك فانعقد العقد لجواز وجود حكمه، وليس من قضية البيع تعقب الحكم إياه بدليل البيع بشرط الخيار للبائع فإنه ينعقد العقد وإن تراخي الملك وعلى أن حكم هذا العقد وَمُوجَبه هو الانعقاد الشرعي ولم يتراخَ[1] عن العقد ثم له موجب آخر وهو الملك، وذلك عند الإجازة وقد بينا جواز تراخيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن هذا العقد تخلّف عنه محله؛ لأنه لم يتخلّف عنه محله؛ لأن محل الانعقاد كلام المتعاقدين ولم يتخلف وإنما تخلف [١٠٧/أ] الملك ومحله العين وحين يوجد الملك فالمحل موجود.

قالوا: وأما إذا اشترى للغير فعندنا العقد منعقد، وإنما يتكلم فيه إلا أنه ينفذ على العاقد؛ لأنه يوجد نفاذًا عليه حتى إذا لم يجد نفاذًا عليه بأن كان العاقد صبيًا أو محجورًا عليه يقف على مَنْ اشترى له.

وربما يقول: إذا قال: «اشتريتُ لفلان» يقف عليه أيضًا؛ لأنه إذا صرح بذكر فلانٍ لم يجد العقد نفاذًا على نفس العاقد فوقف على إجازة فلان.

وقال بعضهم: في هذه الصورة يلغو ذكر فلان وينفذ على العاقد نفسه؛ لأن المشتري هو العاقد بكل حال على أصولنا.

وقد تعلق مشايخهم بفصل الوصية: بما زاد على الثلث وقالوا: قد وَقَفَ على إجازة الورثة فليقف ههنا على إجازة المالك.

---

(١) في المخطوط: يتراخى.




وتحريرهم معروف.

وزعم بعضهم: أنه إذا جاز توقف أحد شقي العقد على انضمام الشق الآخر إليه جاز أن يقف الشقان على الإجازة كالشاهد لما تقف قوله على وجود شاهد ثانٍ[1] جاز أن يقفا جميعًا على قضاء القاضي.

وقد قال بعضهم: إن العقد يقف على الفسخ فيقف على الإجازة وصورة الوقوف على الفسخ إذا باع بشرط الخيار، والتمسك ضعيف، والاعتماد على الأول.

۞ الجواب:

إن الأهلية والمحلية على الجملة مسلمة لكن وجود الأهلية والمحلية على الجملة إنما يوجب جواز التصرف على الجملة، فأما جواز التصرف من شخصٍ مخصوصٍ في محلٍ مخصوصٍ إنما يبنى على معنىً يختص بهذا الشخص في هذا المحل فإذا لم يوجد لم يجز، ثم يقال لهم: بلى وجد التصرف من أهله في محله ولكن وجد مانع من الجواز وهو عدم الملك للعاقد وهو ليس بمالكٍ ولا ولاية له على المالك ولا نيابة من المالك وعقد التمليك لا يصح إلّا أن يصدر إلّا من أحد هؤلاء الثلاث.

فإن قالوا: لِمَ وهل وقع النزاع إلّا فيه؟

قلنا: لأنه عقد تمليك ومعنى هذا إنه إيجاب الملك وإيجاب الملك من غير المالك محال.

---

(١) في المخطوط: ثاني.

فإن قالوا: إنما يستحيل منجزًا فأما موقوفًا يجوز.

قلنا: عقد إيجاب الملك انعقد عندكم وإذا انعقد تحقق إيجاب الملك به في الحال وإيجاب الملك بلا ملك غير متصور.

فإن قالوا: يُوجبُه في ثاني الحال.

قلنا: إيجاب الملك من غير مالكٍ لا يجوز لا في الحال ولا في ثاني الحال ثم نقول عدم المالكية له مستدام فمنع جواز إيجابه الملك مستدام.

وقولهم: «إن فوات الملك لا يصلح مانعًا».

قلنا: يصلح لما قدمنا.

وقولهم: «إنه لو امتنع امتنع لحقه وهذا التصرف لا يخل بحقه».

قلنا: يجب النظر أولًا إلى السبب وإلى نفس العقد هل يتصور وجوده من هذا العاقد؟ وإلى محل العقد هل وجد في محل حكمه أو لا؟

وقد بينا أنه لم يوجد واحد منهما في مسألتنا.

وقولهم: «لا ضرر عليه».

قلنا: التصرف على الغير يمتنع وإن لم يتضمن ضررًا عليه كالتبادل بالمثليات التي لا تتفاوت، والمسائل التي أوردوها فليس هي بتصرفات على الإنسان، وعلى أن القياس كان يقتضي أن يمنع منها إلّا إن الشرع جوّز ذلك لدفع الحرج عن الناس، فإن المنع من هذه الأشياء حرج عظيم، وإن منع من أمثال هذا يقتضي ذلك أيضًا المنع من النظر إلى جدار الغير ووجه الغير



ومُماسّة الغير وأمثال هذا في نهاية الضيق وغاية القبح.

والذين قالوا: إن مُوجَب العقد قد يتأخر.

قلنا: لا يجوز أن يتأخر بحال على أصلنا، والأصح من مذهبنا أنّ الخيار لا يمنع ملك المشتري، وعلى أنه إنما يتراخى بتأخير مَنْ يملك تنجيزه، فأما مَنْ لا يملك تنجيزه كيف يملك تأخيره؟.

وقولهم: «إن الانعقاد قد ينجز».

قلنا: الانعقاد ليس بموجب إنما الانعقاد نفس العقد وإنما المُوجَب الملك فحسب.

وأما كلام مشايخهم: واهية منحلّة القوى.

أما الوصية فعلى أحد قولي الشافعي يجوز من الوارث ابتداءً[1] وعلى القول الآخر الوصية بما زاد من الثلث عقد صادف ملكه إلّا إنه تعلق به حق الغير وسقط بالإجازة، وقد وجد هناك عقد تمليك من المالك[2].

وههنا في مسألتنا من غير المالك وإنما تَوَقّفَ أحد شقي العقد على الآخر فليس هناك توقّفٌ إنما يوجد أحد شطري العقد وَيَتمّ بالشطر الآخر وكذا في الشهادة وُجِدَ أحد شطري البينة وَتَتمّ بالشطر الآخر ولا تتوقف.

وعلى أنه إن سلم التوقف فذاك لضرورة، وهي أنه لا يتصور أن يتواجبا

(١) المهذب: ١/٥٨٨.

(٢) النكت: ورقة ١٤٤/ب، المهذب: ١/٣٥٥، المجموع: ٩/٣٤٨، ٣٥٣، وعبر عنه النووي بالأصح، وقال: البيع حرام بلا خلاف وفي صحته قولان مشهوران اهـ.

معًا معًا وإن تصور ففي اعتباره عسر ومشقة فيجوز على التعاقب تسهيلًا [١٠٧/ب] للأمر على الناس.

فأما في مسألتنا فليس في ترك تجويز العقد على مال الغير حرج على أحد.

وقولهم: «إن العقد يتوقف على الفسخ فيتوقف على الإجازة».

فهذيان؛ لأن على الوجه الذي يفسخ يُجاز وَيُلزم، وعلى الوجه الذي لا يتوقف العقد إذا عَقَدَ على المالك لا يتوقف الفسخ على العاقد، وعلى أن ملك الفسخ بعد العقد برضا صاحبه مثل ملك العقد برضا مالكه وصاحب الخيار يفسخ العقد برضا صاحبه فأين الرضا في مسألتنا؟.

ولأن الفسخ صادف محله؛ لأنه يفسخ عقدًا عقده، وأما في مسألتنا فقد أخطأ العقد محله؛ لأنه يوجب ملكًا لغيره، وليس بحاصل له في نفسه وهو محال، والله أعلم.

❊ (مَسْألة):

الكافر إذا اشترى عبدًا مسلمًا لم يجز على أحد قولي الشافعي وهو المختار(١).

وفي القول الثاني: يصح ويجبر على بيعه(٢) وهو قولهم(٣).

(١) النكت: ورقة ١٤٤/ب، المهذب: ٣٥٥/١، المجموع: ٣٤٨/٩، ٣٥٣، وعبر عنه النووي بالأصح، وقال: البيع حرام بلا خلاف وفي صحته قولان مشهوران اهـ.

(٢) النكت: ورقة ١٤٤/ب، المهذب: ٣٥٥/١، المجموع: ٣٤٨/٩، ٣٥٣.

(٣) الأسرار: ٨٨/٢/أ (مراد ملا) المبسوط: ١٣٠/١٣، رؤوس المسائل: ص٢٩٠.

❊ **لنا:**

أنه بالشراء مكتسب مالكية المسلم فلا يصح شرعًا، كما لو تزوج بمسلمةٍ، وكما لو استرق حرًا يكون استرقاقه باطلًا كذا ههنا، وإنما قلنا إنه مكتسب مالكية المسلم؛ لأنه لم يكن مالكًا فصار مالكًا بشراء.

وأما وجه منع هذا بالإسلام فإن المالكية سلطنة وقهر عظيم ولا قهر ولا سلطنة، فوقها وشرف الإسلام يأبى ثبوت ما هذا سبيلُه للكفار على المسلمين؛ لأن وضع الشرع أن يكون الكفار في قهر المسلمين محسوسًا ومحكومًا، فإثبات المالكية للكافر على المسلم يخالف وضع الشرع فمنعه الشرع.

فإن قيل: الذّل في الملك والملك ولم يحدث بالشراء بل كان موجودًا من قبل.

قلنا: المالكية قد حدثت للكافر على المسلم وإن لم تحدث المملوكية فيُمنع من حدوث المالكية.

يدل عليه: أن الكافر إذا تزوج بمسلمةٍ لا يجوز، والمالكية في النكاح دونها في ملك اليمين بل ملك النكاح في الحقيقة مشترك بين الزوجين.

وأيضًا فإن الملك فيه على نوع تجوّز وليس بملكٍ حقيقة فإذا بَطَلَ نكاح الكافر في المسلمة دفعًا لذلك القدر من مالكية المسلم وقهرها بالاستفراش الحاصل؛ فلأن يُمنع في مسألتنا حقيقة المالكية وقهر المسلم بالابتذال والامتهان والاستعمال من كل الوجوه أولى.

ونستوضح هذه الطريقة بفصل البقاء فإن ملك الكافر لا يُستبقَى على

العبد المسلم دفعًا لقهره عنه وسلطانه عليه فإذا قُطِعَ البقاء مع سهولة أمره فلأن يُمنع الابتداء مع عسر أمره أولى، ويمكن أن يقال أيضًا بيع نهي عنه لمعنىً في المحل فيكون فاسدًا كبيع الحر ونعني بقولنا: «لمعنًى في المحل» هو الإسلام، ودليل وجود النهي أن الكافر لا يُمكّن في شراء العبد المسلم ولو اطلع عليه الإمام مَنَعَه وعزّره والاعتماد على الأول.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: يملك الكافر بيعه فيملك شراءه.

دليله: إذا كان كافرًا؛ وهذا لأن البيع والشراء تصرف واحد فإن البيع يملكه لملك محله والشراء يملكه لتملّك محله فصار بمنزلة تصرف واحد، فإذا مَلَكَ أحدهما يملك الآخر.

والفقه إن قالوا: إن الكافر من أهل الشراء والعبد المسلم محله فهذا تصرف من أهله في محله فلو امتنع لامتنع لأجل حكمه وليس حكمه إلّا ملك الكافر العبد المسلم وهذا حكم مشروع، بدليل أنه إذا أسلم العبدُ الكافر بقي على ملكه إلى أن يبيع ولو كان غير مشروع لانتفى الملك بإسلامه؛ لأن غيرَ المشروع لا يثبت لا ابتداءً ولا بقاءً، ولا يجوز أن يقال إنما لم يزل ملكه لعصمة ملك الذمي؛ لأن المنافي للملك إذا وجد انتفى الملك معصومًا كان أو غير معصوم كالرضاع إذا طرأ على النكاح يبطله، وعصمة النكاح مثل عصمة ملك اليمين أو فوقه ومع ذلك أبطلها الرضاع؛ لأنه منافٍ[1] وفي

(١) في المخطوط: منافى.




مسألتنا بقي الملك، دل أن إسلام المحل غير منافٍ[1] لملك الكافر وإذا لم يكن منافيًا بقي مشروعًا فعرفنا أن ملك الكافر العبد المسلم مشروع.

ويدل عليه: أنه لو مات هذا الكافر جرى الإرث في العبد المسلم جريانه في العبد الكافر ولم يمنع منه إسلامه، ولا يجوز أن يقال إن هذا الملك يثبت حكمًا وبالشراء ثبت قصدًا؛ وذلك لأن الملك وإن ثبت حكمًا ولكن لا يثبت إلّا لأهله في محله، ولولا أن الكافر أهل لملك العبد المسلم والعبد المسلم محل لملك الكافر إياه وإلّا لم يثبت هذا الملك، وإن كان ثبوته بطريق الحكم، وهذا لحقيقةٍ وهو أن ملك العبد بعد شراء الكافر إياه هو الملك [١٠٨/أ] الذي كان ثابتا من قبل ولم يحدث بالشراء في المحل ملك أصلًا وإنما تبدلت الإضافة فإلى الآن كان الملك مضافًا إلى المسلم والآن هو مضاف إلى الكافر، وهذه الإضافة لا يأباها الشرع لما بيّنا من المسألتين.

قالوا: وخرج على هذا النكاح فإنه يحدث في المحل ملكًا لم يكن ثابتًا من قبل فشرف الإسلام منع منه، كما يمنع الاسترقاق ابتداءً.

وربما يقولون: كان منع النكاح بالنص غير معقول المعنى، والنص قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ . . .﴾[2] فلم ينظر: إلى الأهلية والمحلية مع وجود النص، وأما في مسألتنا لا نص يمنع منه وقد بيّنا وجود الأهلية والمحلية فثبت الملك ولم يمنع منه شيء.

قالوا: وأما وجوب البيع في البقاء مثل النهي عن الشراء في الابتداء

---

(١) في المخطوط: منافى.

(٢) سورة البقرة آية (٢٢١).

والسبب في ذلك أن الملك سبب للاستخدام، والاستخدام استذلال حسًا، والكافر يمنع من استذلال المسلم.

وربما يقولون: لو أبقينا هكذا ربما يستعمله فيما لا يحل غيظًا منه عليه لأجل دينه فيقصد الانتقام منه، وكذا في المصحف يقصد الاستهانة به بالشرع أوجب بيعه وقطع ملكه عنه لهذا المعنى، فأما أصل الملك فلا مانع منه، وقد قام دليل الثبوت على ما سبق فحكم بثبوته.

وحرفهم: أنه لا دليل في الابتداء على منع الملك فصح الشراء وثبت الملك وقد قام الدليل في البقاء على وجوب القطع فوجب القطع بالبيع، وربما يقولون: لو كان في نفس الملك ذلٌّ وَجَبَ أن لا يجوز للمسلم شراؤه، ولأنه كما يمنع الكافر من استذلال المسلم فيمنع المسلم أيضًا من إذلال المسلم، وفي الخبر «ليس للمؤمن أن يُذل نفسه...»[1] فثبت بهذا أنه ليس في نفس الملك ذِل فبقي الذّل في الاستخدام فوجب قطع سببه بالبيع.

قالوا: ولا يدخل على هذا أن يقال إنه يحال بينه وبينه لئلا يستخدمه؛ لأن الحيلولة مع وجود ملك المنافع لا يجوز فلم يبق إلا قطع السبب برفع الملك بيعًا حتى لو كاتبه يُترك على ملكه؛ لأن عقد الكتابة مزيل ملك المنفعة ولا يبقى معه إلا ملك الرقبة، وأيضًا بالكتابة تؤول أمره إلى العتق فيكون خيرًا له من بيع يبقيه في الرق.

---

(١) رواه ابن عدي في الكامل: ٥/١٧١.
قال ابن عدي: فيه عمر بن موسى بن سليمان أبو سليمان أبو حفص الحادي الشامي بصري ضعيف يسرق الحديث ويخالف في الأسانيد... اهـ.
وذكره أبو نعيم في الحلية: ٨/١٠٦.

ثم قالوا: ليس فيما إنه لا يبقى ملكُه ما يدل على أنه لا يثبت كما نقول في ملك الابن أباه فإنه لا يبقى للابن عند شرائه إياه ومع ذلك ثبت ابتداءً.

وقد حرروا وقالوا: بيع نهي عنه لمعنىً في غيره فلا يمنع انعقاده.

دليله: البيع وقت النداء، والبيع على سوم أخيه.

وإنما قلنا: نهي عنه لمعنىً في غيره وهو أن البيع سبب لملك الاستخدام والاستخدام معنىً غير البيع.

وقيل: إنما نهي عنه؛ لأنه يوجب طاعة الكافر على المسلم وهذا حرام؛ فنهى عنه لهذا المعنى وهو معنى غير البيع مثل الأصول التي ذكرناها فلم يوجب فساد البيع.

۞ الجواب:

أما قياس الشراء على البيع، فقياس باطل؛ لأن أحدهما مأمور به والآخر منهي عنه، وقياس المأمور به على المنهي عنه في إثبات التسوية بينهما في الجواز قياس فاسد، ثم هو خارج على ما ذكرنا؛ وذلك لأن البيع رفع مالكية المسلم والشراء إثبات مالكية المسلم وشرف الإسلام داعٍ إلى رفع المالكية مانع من إثبات المالكية، ويدخل على فصل البيع فصل النكاح فإن طلاق الكافر المسلمة صحيح إذا أسلمت المرأة ثم طلقها زوجها ونكاحها باطل، وكان المفرّق ما ذكرنا، قولهم إن أحدهما رفع النكاح والآخر إثباته، كذلك ههنا.

وأما قولهم: «إن أهلية البيع ومحلية المبيع قد وجدت».

قلنا: قد ذكرنا على هذا وجهًا من الكلام بطريق المجادلة.

يبينه: أن الكافر لا يجوز إذا تزوج بمسلمةٍ مع وجود الأهلية والمحلية على ما زعموا لكن نُظر وراءه إلى معنىً آخر يتصل بالمحل والعاقد على الخصوص كذا ههنا ينظر: وراء الأهلية والمحلية إلى معنىً يتصل بالعاقد والمحل على الخصوص، وقد ذكرنا أن الكافر ليس بأهل المالكية العبد المسلم ولا العبد المسلم محل لمالكيته.

وقولهم: إن ملك الكافر العبد المسلم مشروع.

قلنا: من حيث الكسبية فلا، وهو كالصيد فإن ملك المحرم إياه مشروع في الإرث ولكن من حيث الكسبية فلا، وكذا في نكاح الكافر المسلمة في الجملة مشروع بدليل أن زوجة الكافر إذا أسلمت بقي النكاح عندنا إلى انقضاء الأقراء[١]، وعندكم حتى يعرض الإسلام على الآخر فيأبى ويفرق [١٠٨/ب] بينهما[٢]، وإذا كانا في دار الحرب يبقى النكاح وإلى انقضاء الأقراء، ثم كون النكاح مشروعًا في هذه الصورة لا يدل على أنه مشروع كسبًا كذلك ههنا.

ثم نقول إذا أسلم العبد الكافر إنما بقي ملك الكافر بعصمة حقه وإذا قلنا يزول الملك، أبطلنا حقه وعصمة حقه تمنع إبطال حقه.

وقولهم: «إن المنافي إذا وجد ينتفي الملك وإن كان معصومًا».

قلنا: لا نقول إن الشراء لا يصح لأجل المنافاة بل لما بيّنا من المعنى

(١) روضة الطالبين: ٧/١٤٢، ٢٤٣، النكت ورقة: ٢٠٧/ب، ٢٠٨/أ.

(٢) البحر الرائق: ٣/٢٣٠.



وذلك لا يوجد إذا أسلم العبد في ملك الكافر ؛ لأنه لم يوجد من الكافر كسبه ونظيره: المحرم إذا اشترى الصيد لا يصح ؛ لأنه اكتساب مالكية ، وإذا أحرم وفي ملكه صيد بقي على ملكه ؛ لأنه لا اكتساب ، كذلك ههنا.

وإذا ثبت بقاء العبد على ملكه فإذا مات وَرِثَه وارثُهُ ؛ لأن ملك الوارث بقاء على ملك المورث حكمًا كأنه استديم ملك المورث ولهذا يرد الوارث على بائع موروثه ، ولهذا نحن نقول: إن حول الوارث ينبني على حول المورث فإذا كان الملك بمنزلة المستدام دون المتجدّد لم يمنع منه الإسلام بخلاف ملك المشتري ، والدليل على هذا الفرق فصلُ الصيد ولا فرق إلّا هذا.

وقولهم: «إن الملك بعد الشراء هو الملك قبل الشراء».

قلنا: بلى ، ولكن المالكية متجدّدة فكما أن استرقاق الكافر المسلم يمنع منه لتجدّد المملوكية فشراء الكافر العبد المسلم يمنع أيضًا لتجدّد المالكية ؛ وهذا لأن المالكية نهاية في العِزّ والمملوكية نهاية في الذّل ، والإسلام كما أنه مخيل في نفي مذلة المسلم فالكفر مخيل في نفي إعزاز الكافر فإذا لم يجز إذلال المسلم بتجديد المملوكية للكافر لا يجوز إثبات العِزّ للكافر بتجديد المالكية للمسلم ، وهذا في نهاية الاعتماد وعلى غاية الظهور.

وقولهم: «إنه لا يمنع الإسلام ملك المسلم إياه».

قلنا: كان ينبغي أن يُمنع إلا إنه تُرِكَ ذلك بالإجماع واحتمل هذا الذّل في حق العبد المسلم لكنه أهون من الذّل الذي يقع بملك الكافر إياه ،




ولا يحتمل الأعظم باحتمال الأهون، وهذا كما أنه يجوز نكاح المسلم المسلمة؛ لأنه أهون الذِّلينِ، ولم يحتمل نكاح الكافر إياها قياسًا عليه؛ لأنه أعظم الذّلينِ فلم يحتمل قياسًا على الأهون كذلك ههنا.

وأما اعتذارهم عن منع بقاء الملك بفصل الاستخدام.

قلنا: ذِل الملك فوق ذِل الاستخدام؛ وهذا لأن الاستخدام يجري فيه التباذل بين الأحرار ويكتسب الإنسان به صفة السِّيادة على ما قيل: سيد القوم خادمهم، والملك نهاية الذّل وغاية القهر وبهذا الطريق صَلُحَ ضرب الرق عقوبة على الكافر، فَمَن ادعى أنه ليس في نفس الملك ذِل، أو قال: في الاستخدام ذِل فوق ذِل الملك فهو ضعيف العقل قليل البصيرة، وعلى أنا سلمنا إن الذِّل في الاستخدام فملك المحل سبب ملك الاستخدام وأسباب المعاصي واجب قطعها مأمور به ردها ودفعها.

وأما فصل شراء الأب فحرمة الأبوة إنما لم تمنع منه؛ لأن الشراء مجازاة عندنا بنص الرسول ـ عليه السلام ـ وهو قوله: «لن يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقَه»[1].

فجعل الشراء مجازاةً للأب، ومجازاة الأب على حقه كيف يمنع منه؟

---

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١٠/١٥٢ مع النووي، باب فضل عتق الوالد.
والترمذي في سننه: ٣/١١٨ مع التحفة، باب في جاء في حق الوالدين.
والطحاوي في مشكل الآثار: ٢/١٤١.
وأبو داود في سننه: ٥/٣٥٠ مع المعالم، باب في بر الوالدين.
وابن ماجه: ١/١٢٠٧، باب بر الوالدين.
وأحمد في مسنده: ٢/٤٤٥، ٢٣٠، ٢٦٣، ٣٧٦، ٤٤٥.
وكلهم يروونه بلفظ: «لا يجزئ...».



وإنما صار مجازاة بالنظر إلى ما يؤول إليه.

وعندكم: هو إعتاق فصار الشراء وإن كان محسوسًا اكتساب مالكية الأب، إلا إنه من جهة الشرع مجازاة للأب على حقه فاعتبر الشرع ولم يتصور المنع منه، فأما هذا فهو اكتساب مالكية المسلم على ما سبق.

وبعضهم قال: الشراء وإن أوجب الملك لكن احتمل الملك لأجل العتق الذي يؤول إليه، كما يحتمل الجَرح لما يؤدي إليه من العافية.

والأول أحسن، ولم نعتمد على الصيد ابتداءً؛ لأن بيعه لا يجوز لكن لا اعتماد على ما ذكرنا في أثناء المسألة.

وهم قالوا: لحرمة عينه بنص الكتاب لم يجز بيعه، أو لأنه آمن وفي الشراء تعرض له بتخويفه، والصيد في موضع إلزامنا عليهم واقع.

والله أعلم بالصواب.

❊ (**مَسْأَلَة**):

بيع لبن الآدميات جائز عندنا(١).

وعندهم: لا يجوز(٢).

ومرجع الخلاف إلى أنه مال أم لا؟

---

(١) النكت: ورقة ١٤٤/أ، المجموع: ٢٤١/٩، الروضة: ٣٥٣/٣.

(٢) الأسرار ورقة: ٨٩/٢/أ (مراد ملا).
بدائع الصنائع: ٣٠١١/٦، رؤوس المسائل: ص٢٦٥.

فعندنا: هو مال.

وعندهم: ليس بمال.

لنا:

أن المال ما خُلِقَ بذلة لمصالح بني آدم واللبن بذلة لأصلح المصالح.

أما بيان المصلحة: فلأن فيه مصلحة الأطفال.

وأما بيان الأصلح: لأنه لا يقوم غيره مقامه وإذا كان بذلة في [١٠٩/أ] مصلحة الآدمي بل فيه أصلح كان مالًا، وإذا كان مالًا يجوز بيعه؛ وهذا لأن البيع نوع رغبة في الشراء إلا أنه رغبة ببذل عوض في مقابلته فكل ما صحت الرغبة إليه لقيام مصلحة به صحت الرغبة إليه بعوضٍ وغير عوضٍ، والمعنى بالصحة صحة الرغبة إليه شرعًا.

يدل عليه: أن الرغبة إليه صحيحة في الإجارات فإنه إذا استأجر ظئرًا لترضع ولده فإنه يجوز، وهذه رغبة شرعًا إلى اللبن بعقد معاوضة؛ لأن الرضاع لا يكون إلا باللبن فلما صحت في ضمن عقد الإجارة صحت مفردًا بالشراء كالحبر في الكتابة والصِّبغ في الثوب.

وأما حجتهم:

قالوا: ليس بمال؛ أنه جزء من الآدمي، والآدمي لا يكون مالًا فأجزاؤه لا تكون مالًا؛ وهذا لأن الآدمي خُلِقَ لتكون الأشياء له لا يكون هو لشيء غيره إلا في العبودية لله تعالى، فإنهم خُلِقُوا ليكونوا عبيدًا لله تعالى؛ وهذا لأنه محترم مكرم بحرمات الشرع وكراماته، ومن حرمته وكرامته أن لا يكون

مالًا هو ولا شيء من أجزائه، فإن المالية في الشيء مشعرة بالابتذال والامتهان والابتذال والامتهان ضد الاحترام والإكرام.

والحرف: أن المال بذلة والمبتذل مهان وكرامة المحل وشرفه بكونه آدميًا يمنع هذه الإهانة.

وأما الدليل على الجزئية في اللبن أنه عين خُلِقَ منها فيكون جزءًا لها كالولد، وقد دلت على الجزئية في الولد قوله ـ عليه السلام ـ لفاطمة «إنها بضعةٌ مني»[1]، ولأن اللبن له حكم الماء بدليل ثبوت حرمة الرضاع به والماء جزء من الآدمي فكذا اللبن، والدليل على أن الماء جزء منه إنه سلالته، السلالة من الشيء جزء يستل منه فثبتت الجزئية بهذا لطريق، وإذا ثبتت الجزئية فانتفت المالية.

قالوا: وأما الانتفاع جاز للضرورة، كما يجوز الانتفاع بالميتات للضرورة والضرورة حياة الأطفال، فإنه لا حياة لهم إلا بألبان الأمهات ولئن غُذّوا بغير ألبان الأمهات هلكوا في أغلب العادات.

قالوا: حتى إنه لو وقعت الغُنية حرم الإرضاع، ولا يحل للرجل شربه وليس كالمنافع من الأحرار؛ لأنها ليست بأجزاء لهم ولا يتصور ثبوت الجزئية في المنافع؛ لأن الأجزاء من الأعيان أعيان، ومن الجواهر جواهر إنما المنافع مخلوقة في الأشياء تظهر بطريق الانتفاع بها من غير أن تكون أجزاء بها.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٣٢٧ مع الفتح، ومسلم في صحيحه: ١٦/٢٠٢ مع النووي، باب فضائل فاطمة رضي الله عنها.

قالوا: وعلى هذا لبن الأمة لا يكون مالًا أيضًا ؛ لأن في الأصل ليست مالًا ولا خلقت مالًا ، وإنما صارت مالًا بعارض الرق ولا رقّ في اللبن فبقي غير مالٍ على ما خُلِقَ عليه الشخص في الأصل.

قالوا: وأما الإجارة فهي دليل عليكم ؛ لأن ما يستحق بعقد الإجارة لا يجوز بيعه ، دليله: المنافع ، ثم قالوا: لا يسلم أن عقد الإجارة يتناول اللبن إنما يتناول الحضانة إلا أنا لا تمكن إلّا باللبن فكأنه آلة لما وقع عليه عقد الإجارة وهو كالأصابع للخياط فإنها آلة الخياطة إلا أن عقد الإجارة وَقَعَ عليها ، كذلك ههنا ، فلم يجز الاستدلال بعقد الإجارة ؛ لأنه إنما يصح الاستدلال بها أن لو تناول عقد الإجارة اللبن فإذا لم يتناولها بالطريق الذي قلنا بطل التعلق به.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إن اللبن جزء من الآدمي فلا يكون مالًا».

قلنا: يجوز ، إن نازعوا في هذا ، فيقال: ليس بجزء ؛ لأن الجزء من الجملة من حقه أنه إذا فصل من الجملة لا تبقى الجملة على ما كانت كالواحد لما كان جزءًا من العشرة إذا فصل عنها لا تبقى العشرة ، بل هو شيء مُودَع في ثديها كالولد مُودَع في بطنها مثل ثوب في عيبة(١) وحنطة في جراب فلا جرم لا يكون الثوب جزءًا من العيبة ولا الحنطة جزءًا من الجراب(٢) ، وقوله - عليه السلام - لفاطمة «إنها بضعة مني»(٣) معناه «إنها ابنتي».

---

(١) العيبة: زبيل من أُدم ، وما يجعل فيه الثياب. القاموس مادة (العيب).

(٢) الجراب: وعاء من أوعية حفظ الطعام. القاموس مادة (جرب).

(٣) سبق تخريجه في ص٢١٦.



وأما الماء فكذلك ليس بجزءٍ من الإنسان إنما هو شيء مخلوق في صلبه ليخلق منه الولد وَتُنَزّله الشهوة وَتُحلله، فأما أن يكون جزءًا حقيقة فلا، كما بيّنا، ولئن سلمنا إنه جزء نقول: فلم قلتم لا يجوز أن يكون مالًا؟ وليس لهم تعلق إلا بالجملة؛ لأنهم يقولون جزء من الجملة فصار كالجملة.

قلنا: إنما لم تكن الجملة مالًا لمعنىً لا يوجد في اللبن، وذلك المعنى هو صفة الحرية والكرامات والحرمات التي تعلقوا بها كلها مبنية على قاعدة الحرّية، فإنه لما خُلِقَ حرًا لم يكن مالًا، والحرية هي المضادة للمالية الآدمية، فإن العبد إذا صار مالًا ذهبت الحرية عنه وبقي كونه آدميًا على ما كان فإذا لم يكن مالًا لكون حرًا فكل [١٠٩/ب] محل كان محل الحرية لم تتحقق فيه المالية، ومالا يكون محلًا للحرية تتحقق فيه المالية بعد أن يكون بذلة لمصلحةٍ واللبن ليس بمحل الحرية ولا هو محل الرق، وقد سلموا هذا على ما ذكروا في لبن الأمة وإذا لم يكن محل الحرية صح وصفه بالمالية، وهذا جواب معتمد.

وقولهم: «إن الانتفاع للضرورة».

قلنا: الضرورة التي تعتبر في الميتات لا يمكن تحقيقها في مسألتنا فإنا أجمعنا على أن جواز الرضاع باللبن لا يقف على خوف الهلاك وإنما الموجود حاجة عامة والمعدّ لحاجةٍ عامةٍ أو لمصلحةٍ عامةٍ يجوز وصفه بالمالية.

دليله: سائر الأطعمة؛ وهذا لأن اللبن طعام الأطفال وهو كطعام الرجال أو نوع غذاء فهو كسائر الأغذية.

وأما الاستشهاد بفصل الإجارة فلا بأس به، فإن الإجارة عندنا نوع بيع



فكل ما يستحق بالعقد فالعقد متناول إياه، واللبن مستحق بعقد الإجارة.

وقولهم: «إن العقد إنما يتناول الحضانة».

قلنا: نصوّر فيما إذا استأجر امرأةً لترضع ولده والرضاع لا يكون إلا باللبن وإن نصّ على الحضانة فهي مشتملة على الرضاع باللبن.

وقولهم: «إنه آلة الحضانة كالأصابع للخياطة».

هذا تشبيه بعيد؛ لأن الأصابع غير مستحقةٍ بعقد الخياطة بخلاف اللبن فإنه مستحق بعقد الحضانة. والله أعلم.

※ **(مَسْأَلَة)**:

بيع الكلب باطل عندنا[1].

وعندهم: يجوز بيع الكلب المنتفع به باصطياد أو حراسة زرع أو ماشية[2].

❖ لنا:

حديث أبي[3] مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ «نهى عن ثمن الكلب

(١) النكت: ورقة ١٤٤/أ، المهذب: ٣٤٧/١، الروضة: ٣٤٨/٣، الحاوي: ٣٧٥/٥.
وهو قول الحنابلة وقول الإمام مالك في الموطأ، المغني: ٣٥٢/٧.
قال ابن قدامة في المغني: «وبه قال الحسن ربيعة وحماد والأوزاعي والشافعي وداود...» اهـ، الموطأ مع المنتقى: ٢٨/٥.

(٢) الأسرار: ٢/٩٠/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ٨٤، شرح معاني الآثار: ٥٧/٤، بدائع الصنائع: ٣٠٠٦/٦، ٣٠٧٣/٧، رؤوس المسائل: ٢٩١.

(٣) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري.

ومهر البغي وحلوان الكاهن»[١] فهذا خبر صحيح.

وروى قيس[٢] بن حبتر[٣] الربعي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ثمن الخمر حرام ومهر البغي حرام وثمن الكلب حرام وإن أتاك صاحب الكلب يطلب ثمنه فأملأ يديه ترابًا»[٤].

فإن قيل: قد روى أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب والهرة وقال: «إلا الكلب المعلم» رواه جابر[٥].

وفي رواية أبي هريرة «ثلاث كلهن سحت كسب الحجام ومهر البغي وثمن الكلب إلا الكلب الضاري»[٦].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٤٢٦ مع الفتح، باب ثمن الكلب.
ومسلم في صحيحه: ١٠/٢٣١ مع النووي، باب تحريم ثمن الكلب.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٥٣ مع المعالم، باب في أثمان الكلاب.
والترمذي في سننه: ٥/٦٧، ٢٧٦ مع العارضة، باب ما جاء في ثمن الكلب.
والنسائي في سننه: ٧/١٦٧، باب النهي عن ثمن الكلب.
وابن ماجة في سننه: ٢/٧٣٠، باب النهي عن ثمن الكلب.
والدارمي: ٢/٢٥٥، باب في النهي عن ثمن الكلب.
ومالك في الموطأ: ٥/٢٨ مع المنتقى باب ما جاء في ثمن الكلب.
وأحمد في المسند: ٤/١١٨ ـ ١٢٠. والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٥١.

(٢) قيس بن حبتر الربعي التميمي الكوفي نزيل الجزيرة، ثقة من الرابعة، روى له أبو داود تقريب التهذيب: ص ٢٨٣، تهذيب التهذيب: ٨/٣٨٩.

(٣) في المخطوط (حنين) والتصويب من سنن البيهقي.

(٤) رواه البيهقي في سننه: ٦/٦ باب النهي عن ثمن الكلب.
وأحمد في المسند: ١/٢٨٩، ٣٥٠.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٧٣، وقال فيه الحسن بن أبي جعفر ضعيف.
وأشار البيهقي في سننه إلى هذا الطريق وقال: ليس بالقوي: ٦/٧.

(٦) في المخطوط (الصيدي) والتصويب من سنن الدارقطني.

وفي رواية ثالثة بطريق جابر أيضًا «نهى عن ثمن الكلب والسنور إلّا كلب صيد»[١].

قلنا: مدار هذا الاستثناء على الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح وهو ضعيف[٢].

وما رويناه من المطلق رواية صحيحة فلا يعترض عليها بالرواية الضعيفة، ولأن الكلب نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير، ودليل نجاسة عينه سؤره، وهذا دليل معتمد، فإن لُعابه متولد من لحمه فلولا نجاسة لحمه لم ينجس سؤره.

وقد تأيد هذا بما روي عن النبي ـ صلى الله عليه وعلى آله وسلم ـ «أنه توضأ بسؤر الهرة فقال: إنها ليست بنجسة...»[٣] فدل أن ما يَنْجُس سؤره فلنجاسته في نفسه، ألا ترى أنه ـ عليه السلام ـ علّل لطهارة سؤره بطاهرته.

وإذا ثبت أنه نجس لم يجز بيعه؛ لأن الاجتناب عنه واجب والبيع اقتراب شرعي فلا يجوز في النجس الذي يجب الاجتناب عنه.

= والحديث رواه الدارقطني في سننه: ٧٢/٣.

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣٣/٣.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٥٨/٤.
والنسائي في سننه: ١٦٨/٧، باب الرخصة في ثمن كلب الصيد ثم قال: وقال أبو عبد الرحمن، وحديث حجاج عن حماد بن سلمة ليس هو بصحيح...) اهـ.

(٢) قاله الدارقطني في سننه: ٧٢/٣.
والوليد هو: الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح عن عمه عطاء بن أبي رباح ضعفه الدارقطني له عن عمه عن أبي هريرة في جواز ثمن كلب الصيد»، لسان الميزان: ٢٢٣/٦.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٧٠/١، باب سؤر الهرة.



۞ أما حجتهم:

تعلقوا بجواز الانتفاع به من الاصطياد والحراسة.

وربما يقولون آلة الصيد كالفهد، ولأنه لما جاز الانتفاع به جاز التوصل إلى الانتفاع به، والشراء توصل إلى الانتفاع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال جاز لضرورة؛ لأن الضرورة لا توجد بحال فإنه ما من منفعةٍ يُشار إليها في الكلاب إلا ويقوم غيرُها مقامها.

وفي الجملة الاستغناء من الكلاب ممكن.

قالوا: وأما نجاسةُ العين إن سلمنا فالبيع يدور على حِلّ الانتفاع بالشيء لا على الطهارة بدليل السَّرقين[1] على أصلنا يجوز بيعه وإن كان في عينه نجسًا، واستدلوا بالوصية والإرث فإنهما جائزان في الكلاب.

۞ الجواب:

قلنا: الانتفاع به رخصة، والرخصة ورود إباحته مع بقاء الحاظر وقد ثبت أن النبي ـ صلى الله عليه وعلى آله وسلم ـ «نهى عن اقتناء الكلب إلا كلب صيد أو ماشية...»[2] ومعلوم أنه ـ عليه السلام ـ إنما نهى عن اقتناء الكلب

(١) السَّرقين: الزبل. ينظر: المصباح مادة سرج ص٢٧٣.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٦٠٨ مع الفتح، باب من اقتنى كلبًا ليس بكلب صيد أو ماشية.
ومسلم في صحيحه: ١٠/٢٣٧ ـ ٢٤٠ مع النووي، باب الأمر بقتل الكلاب.
والترمذي في سننه: ٦/٢٨٤ مع العارضة، باب ما جاء من أمسك كلبًا ما ينقص من أجره،
والنسائي في سننه: ٧/١٦٥، ١٦٦، باب الرخصة في إمساك الكلب للماشية وللصيد.
والدارمي في سننه: ٢/٩٠، باب في اقتناء كلب الصيد أو الماشية. =



لعين أنه كلب ثم استثنى الاقتناء للصيد والماشية وأباح مع بقاء الحاظر وهو كون هذا الحيوان كلبًا.

فثبت أنه رخصة[1] والرخص تتبع الحاجات[2] والضرورات[3] ولا يُقاس البيع عليه؛ لأن المستثنى عن الأصل المحظور رخصة لا يقاس عليه غيره فإن بقاء الحائر يمنع استعمال القياس وهذا كالسَّلم لما كان رخصة [١١٠/أ] لعدم المعقود عليه لم يجز قياس غيره عليه ومنع بقاء المانع وهو عدم استعمال القياس فيه كذلك ههنا.

فإن قالوا: لأيّ حاجة؟

قلنا: الكلب حيوان صبور على الشَّدة والتَّعب والسَّهر وتتبع الصيد مالا يتتبعه غيره، وهو أيضًا بغاية الوفاء لصاحبه، خفيف المؤونة عليه يجتزئ بكسرة خبز وقطعة عظم، وهذا لا يوجد في حيوانٍ ما يألف الإنسان غيره فإن كل حيوان يقوم مقامه في المنفعة المطلوبة منه بعظم مؤونته وثقل تحصيل

= والإمام مالك في الموطأ: ٢٨٩/٧، مع المنتقى، باب ما جاء في أمر الكلاب.
والإمام أحمد في المسند: ٤/٢، ٨، ٣٧، ٤٧، ٦٠، ١٠١، ١١٣، ١٥٦.

(١) الرخصة في اللغة: اللين والسهولة وفي الاصطلاح: عرفها القرافي: بقوله جواز الإقدام على الفعل مع اشتهار المانع عنه شرعًا. ينظر: التنقيح ص٨٥

(٢) الحاجات: جمع حاجة وهي الأشياء الزائدة عن الضرورة: مثل لها كتسليط الولى على تزاويج الصغيرة لا لضرورة ألجأت إليها بل لحاجة تقيد الكفء الراغب خيفة فواته. ينظر: الأحكام للآمدى ٧٢/٣.

(٣) الضرورات: جمع ضرورة وهو ما عرف التفات الشارع إليه كحفظ الدين بقتل المرتد والداعية، والعقل بحد السكر، والنفس بالقصاص، والنسب والعرض بحد الزنا والقذف، والمال بقطع السارق. ينظر: المختصر في أصول الفقه لابن اللحام ص ١٦٣.

المطلوب منه ولا يفعل فعله في تحمل التَّعب والصبر على العمل وشدة الوفاء لصاحبه فبهذا الطريق عظمت الحاجة إليه فتعلق به رخصة شرعية في الانتفاع به فلم يصح قياس شيء آخر عليه.

وأما الإرث والوصية فهما جاريان عندنا في اليد لا في الملك.

والله أعلم.

※ (مَسْألة):

تصرفات الصبي عندنا باطلة وإن أذن له الولي فيها[1].

وعندهم: صحيحة[2].

والمسألة دائرة على الأهلية فعندنا ليس بأهل التصرفات[3].

وعندهم: أهل للتصرفات.

❖ لنا:

أن عقل الصبي ناقص فنقول تصرف كامل فلا يستفاد إلّا بعقل كامل قياسًا لأصل التصرف على التصرفات النافذة المفيدة لحكمها، ولا إشكال

(١) المهذب: ٣٤٢/١، النكت: ورقة ١٤٥/ب، الروضة: ٣٤٢/٣، المجموع: ١٤٢/٩، ١٤٥.
(٢) الأسرار ١٥٧/٢/ب (مراد ملا).
مختصر القدوري: ٤٧٦/١، المبسوط: ٢٠/٢٥، ٢١، الهداية مع فتح القدير: ٣١٠/٩، رؤوس المسائل ص٢٩٣، وهو قول الحنابلة. ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ١٤/٣.
(٣) قواطع الأدلة للمؤلف ورقة: ٣٠٢/أ.

في نقصان عقله، ولهذا لا يخاطب بالشرعيات، ولا يصح طلاقه، ولا يلزم تصرفه في ماله مع صدره من مالكٍ في محلٍ هو ملكه.

وأما قولنا: «إن التصرف كامل»؛ فلأنه كامل في جنسه من المعاملات، فإنه لا تصرف في المعاملات أكمل من المعاوضات.

ولهذا ثبت له وصف الكمال من اللزوم ولا تصرف فوق المعاوضات ولا وصف لها فوق اللزوم، وإنما قلنا إنه لا تثبت له أهلية التصرف إلّا بعقلٍ كاملٍ، وذلك لأن الشرع ناظر والصّبا داعٍ إلى النظر ومن النظر للصبي أن يُسلَبَ أهلية هذه التصرفات عنه، وإنما قلنا ذلك لأن هذه تصرفات دائرة بين الضَّر والنَّفع والربح والخسران فلابد من عقلٍ كاملٍ ليهتدى به إلى موضع النَّفع فيميزه من موضع الضَّر ويقصده بعقله وتمييزه، فأما بعقله الناقص فلا يهتدي إليه بل يشتبه عليه النَّافع والضَّار والرَّابح والخاسر لاشتمال اسم البيع على الكل.

فكان من النظر له أن يسلب الأهلية في هذه التصرفات لدفع ضرر موهوم غالب حالة الوقوع فيه، وكما أن في دفع الضرر المتحقق نظرًا، فكذلك دفع الضرر الموهوم نظر، وهذا كالشرعيات لما كانت دائرة بين النفع بالفعل والضر بالترك فإن الشرع علق الثواب بفعلها والعقاب بتركها فلم يكن بد من عقلٍ كاملٍ ليعرف موضع الثواب من العقاب فيختار فعل ما يوجب الثواب على ترك ما يوجب العقاب فإذا كان ناقص العقل بالصبا كان النظر له في سلب الأهلية الخطاب فسُلب كذلك ههنا، ومما يقرب الشَّبه بينهما أن الشرعيات إلزامات، وهذه التصرفات التزامات فإذا كان النظر في دفع الإلزامات عن الصبي كان النظر أيضًا في منع الالتزامات منه.




وقد قال الأصحاب: إن ملكه إذا كان لا يفيد له التصرف فبإذن الولي أولى؛ لأن الإطلاق بسبب الملك فوق الإطلاق بسبب الإذن.

وتعلقوا بالطلاق واعتمدوا الفقه على هذه الطريقة: إن الحاجر قائم وهو الصِّغر؛ لأن الملك إذا كان لا يطلق التصرف مع الأهلية على أصلكم عرفنا قطعًا أن الحاجر هو الصغر وهو باقٍ بعد الإذن فبقي الحجر عليه.

والمعتمد ما سبق، ولا يلزم على ما قلنا العبد حيث يصح إذنه في التجارة؛ لأنه متصرف للسيد عندنا على ما سنبين من بعد فهو كالوكيل مع الموكل يصح إذنُه له كما يصح توكيل الحر وهو في نفسه نوع استكساب واستغلال وانتفاع، وعلى أن الحجر ليس هو بسبب الرق في العبد إنما الحجر حق المولى فإذا أُسقط سقط نظير مسألتنا الحجر عن ملكه في نفسه لما كان بسبب نفس الرق لم يرتفع بحال.

❁ **وأما حجتهم:**

استدلوا في إثبات أهلية التصرف بالعقل والتمييز، وقالوا: عاقل فكان أهلًا للتصرف، دليله: البالغ، ودليل أنه عاقل إن الكلام في صبيٍ عاقلٍ يعقل التصرفات، فأما في مَنْ لا يعقل من الصِّبيان فليس من أهل التصرفات، والدليل على أن العقل سبب الأهلية أن الآدمي امتاز من بين الحيوانات بعقله وتمييزه [١١٠/ب].

ويقال المرء بأصغريه أي بقلبه ولسانه فكان أهل التصرفات بعقله؛ وهذا لأن أهل الشيء مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشيء كأهل القتل مَنْ يقدر على تحصيل القتل، وكذلك المشي وسائر الأفعال.

وهذا الصبي قد عقل البيع وميّزه عن غيره وَعَرَف حكمَه المطلوب منه وَقَصَدَه وَفَعَله عن بصيرةٍ وتمييزٍ صحيحٍ وهو صحيحٌ يصح منه كما تصح سائر الأفعال.

يبينه: أن الشيء بصورته ومعناه، وقد تحقق من الصبي صورة البيع بلسانه وَقَصَدَ معناه بعقله وتمييزه فوجب أن نحكم بصحته.

ثم الدليل على اعتبار عقله صحة النوافل في الصلاة والصيام والإحرام، وكذلك يصح منه اختيار أحد الأبوين إذا خُيِّر ويصح منه وصيته وقبوله الهبة، وإنما صحت هذه الأشياء باعتبار عقله ولولا ذلك لم تصح فثبت أنه أهل التصرف إلّا أنه احتاج إلى إذن الولي نظرًا للصبي؛ لأنه ناقص العقل فلابد من اتصال رأي الولي بتصرفاته حتى ينجبر ذلك النقصُ، وذلك بالإذن، واتصاله بكل تصرفٍ فيه حرج ومشقة فاعتبر اتّصالُه بأصل التصرفات وهو أن يأذن الولي فيها ثم إذا اتصل رأيه بتصرفاته يأذن له فيها صار الإذن بمنزلة مالكٍ متصرفٍ في ملكه بولايته ومالكيته ولا نقول إنه نائب عنه، ولهذا يجوز له أن يتصرف بالغبن بخلاف الأب والقيّم، وكذلك يصح إقراره بالمال وإن لم يصح إقرار الأب عليه، وأيضًا فإن إقرار الأب عليه شهادة وشهادة الوالد لا تقبل.

قالوا: وليس فيما أنه لا يتصرف بمالكيته ما يدل على أنه لا يتصرف بإذن الغير كالعبد في النكاح والمحجور عليه بالسَّفه لا يتصرف بمالكيته وإذا أذن له الولي جاز.

وإن منعتم في البيع نصوّر في النكاح إذا سَمّى له القاضي امرأةً وعيّن له مهرَها فإنه يجوز نكاحه بالإجماع له، وكذا المرأة لا تملك الطلاق بمالكية

النكاح وإذا قال لها الزوج: طلّقي نفسكِ فإنه يجوز.

قالوا: «وأما تعلقكم بفصل النظر».

فهو دليل عليكم ؛ لأن إثبات الأهلية له نظر وفيه اعتباره أصل عقله وفي سلب[1] الأهلية عنه إلغاء أصل عقله وإلحاقه بِمَنْ لا عقل له ولهذا المعنى أبقينا عليه ولاية الولي نظرًا له حتى إنه إن أضر بنفسه في تصرفه حُجِرَ عليه، وأيضًا فإنه يتصرف بنفسه وَيُتَصَرف له أيضًا حتى يصل إليه النفع من الجهتين.

يبينه: أن في جواز تصرفه تقع الهداية فإنه إذا تصرف في صغره يبلغ مهتديًا إلى التصرفات وإذا لم يأذن يبلغ غبيًّا غير مهتدٍ إلى شيءٍ فلا يحصل له نفع الهداية وهو كالنوافل من العبادات صحت منه ليحصل له بها نفع الامتران والاعتياد.

قالوا: وأما فصل الطلاق فعندنا عبارته صحيحة في الطلاق كما في البيع، بدليل أنه لو طلّق امرأة الغير يصح ويقف عليه ويصلح وكيلًا، وأما طلاقه امرأة نفسه فليس نظير مسألتنا ؛ لأنه لا طلاق له مشروع وله بيع مشروع وهو من أهله كما بيّنا فيصح بإذن الولي وعلى أن الشرع لم يشرع له الطلاق نظرًا له ودفعًا للضرر عنه، وكذا الخطاب بالشرعيات إنما لم يتوجه عليه نظرًا له، وأما ثبوت الأهلية نظرٌ له كما سبق فثبت.

وربما قالوا: إن رشد الصغير بمنزلة سفه البالغ ثم سفه البالغ كان معتبرًا في الحجر عندكم وفي منع المال عندنا، فكذلك رشد الصغير وجب أن يكون معتبرًا.

---

(١) في المخطوط (سب).



۞ **الجواب:**

أما قولهم: «إنه عاقل».

قلنا: أهلية التصرف غير مبنية على العقل، بل هي مبنية على الشرع؛ وهذا لأن العقد شرعي فإنما يصير الإنسان أهلًا له بالشرع والشرع لم يره أهلًا للتصرف ولم يستصلحه لذلك نظرًا له كما بيّنا.

والدليل على أن الشرع لم يره أهلًا لذلك أنه لا ينفذ تصرفه مع مالكيته وصدره من أهله في محله، ثم نقول: عقله غير معتبر بدليل أن الخطاب لا يتوجه إليه، ولأن عقله لو كان معتبرًا لَخُلّي وعقلَه كالبالغ.

يبينه: أنكم تقولون يُخلّى وعقلَه في الإسلام الذي هو أعلى الأشياء ولا يُخلّى وعقلَه في دَسْتَجَة[1] بَقْلة يشتريها بحبتين.

وأما قوله: «إن أهل الشيء مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشيء».

قلنا: ومَنْ يسلّم لكم إنه يقدر على تحصيل البيع، وأما المحسوس الذي قلتم غير معتبر، فإنه كما يوجد منه محسوس عقد عن عقلٍ وتمييزٍ فيوجد [١١١/أ] منه محسوس قصد عن عقلٍ وتمييزٍ أيضًا، ثم إذا لم يعتبر محسوس قصده حتى يكون عمده خطأ، فكذلك ههنا لا يعتبر محسوس عقده حتى يكون لغوًا.

وأما النوافل وغيرها في المسائل نقول: نظير المعاوضات من العبادات الفرائض؛ لأن فرائض العبادات في أكمل الدرجات بثبوته من وصف الإلزام

---

(١) الدّسْتَجَةُ: الحزمة، معرب، جمعه الدّسَاتِج، القاموس (دستجه).



لها كما أن المعاوضات في أكمل الدرجات بثبوت وصف اللزوم لها فيعتبر ما اختلفنا فيه بالفرائض وليس بأهل الفرائض من العبادات فلا يكون أهلًا لهذه المعاملات أيضًا.

ثم نقول النوافل وما ذكروا ليس نظير مسألتنا؛ لأن الكلام في تصرفات على الصبي فيها ولاية للغير، ومثل هذا لا يوجد فيما ذُكِرَ من الأمثلة، والحرف: أن في تلك المسائل لما اعتبر عقله خُلّي وَعقلَه فيها ولو اعتبر في مسألتنا خلّى وَعقلَه أيضًا، ويخرج على فصل النظر الذي اعتمدناه؛ وذلك لأن هذه التصرفات محض نفع وهي غير دائرة بين الضر والنفع فصار النفع فيها لمباشرتها فاكتُفي فيها بوجود أصل العقل؛ لأن مباشرتها من العاقل صحيحة وإن كان ناقص العقل.

وأما ههنا هذه تصرفات دائرة بين الضرر والنفع فلابد من مقدمة عقلٍ كاملٍ ليميز النافع من الضار على ما سبق. وبهذا المعنى تثبت الولاية على الصبي في هذه التصرفات ولم تثبت في تلك التصرفات والإحرام بمنزلة سائر النوافل وإذا جوّزنا منه الإحرام لم نجوّز إحرام الولي عنه.

وأما الكفارات فبإنشاء سببٍ جديدٍ كَمَالٍ يستهلكه على إنسان وأما نفس الإحرام فنفع محض.

وأما قولهم: «إن الأهلية تثبت نظرًا».

قلنا: ولِمَ، قلتم فيها نظر؟

قالوا: كرامة.



قلنا: فأثبتوا الخطاب كرامة واجعلوه نظرًا، وعلى أن كَمَال النظر في سلب الأهلية؛ لأنا جعلناه أهلًا فينبغي أحد شيئين: إما أن يجوز تصرفه وينفذَ لصدره من أهله في محله، أو يجوز بإذن الولي فيؤدي إلى اعتبار عقلٍ ناقصٍ في تصرفٍ كاملٍ وربما يؤدي إلى ضررٍ يلحقه فلا يجوز.

وأما قولهم: «اتصل به رأي الولي».

قلنا: لا يتصور؛ لأنه إذا أذن له وَخَلّاه وَعَقْلَه فأين الاتصال؟ فهذا هذيان.

وأما عذرهم عن الطلاق باعتبار الضرر، فباطل بالبيع بالغبن والردة على أصلهم.

وأما المحجور عليه بالسَّفه، لا نُسلّم صحة تصرفه بإذن القاضي في البيع.

وأما في النكاح فلا يشبه مسألتنا؛ لأنه لا حَجْرَ عليه حقيقة فيه ولهذا لا يستبدُ به الولي، وفي مسألتنا حجر عليه حقيقة بدليل أنه يستبدُ به الولي، وأما إذا كان عليه حجر حقيقة نظرًا فلا ينطلق عنه الحجر إلا بالبلوغ كمنع الخطاب لما ثبت نظرًا لم يخاطب إلا بعد البلوغ.

وأما فصل إذن المرأة في طلاق نفسها.

فليس نظير مسألتنا؛ لأنها تُطَلِّقُ عنه، وفي مسألتنا عندكم يتصرف الصبي عن نفسه، وعلى أن عندكم المالكية في واحد من الجانبين في النكاح لا يفيد ملك الطلاق، وإنما المفيد للطلاق ولاية القوامية والزوج هو المنفرد بها وقد



ذكرنا هذا في ربع النكاح.

وأما فصل اعتبار السَّفه في البالغ؛ فلأن بنا حاجة إلى اعتباره ولا حاجة إلى اعتبار رشد الصبي؛ لأن عليه ولاية.

وقولهم: «فيه تقع الهداية».

قلنا: الصبي يبلغ مُهتديًا إلى التصرفات بعقله ويميل الطبع إليها بخلاف النوافل، فإنه لا يميل الطبع إليها فلابد من الأمر بها قبل البلوغ ليمترن عليها ويعتادها، والله أعلم.

※ (مَسْأَلة):

إذن السيد لعبده في نوع خاص من التجارة لم يصر مأذونًا في غيره من الأنواع عندنا[1].

وعندهم: يصير مأذونًا[2].

❖ لنا:

أنه متصرف لسيده فيختص تصرفه بما إذن فيه سيده.

دليله: إذا أمره بشراء طعامٍ أو ثوبٍ من السوق، وكما لو عيّن له شيئًا

(١) المهذب: ٥١١/١، النكت: ورقة ١٦٢/أ، المنهاج مع المغني: ٩٩/٢، الروضة: ٥٦٧/٣، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني ٣٥١/٦.

(٢) الأسرار: ١٥٤/٢/أ (مراد ملا) بدائع الصنائع: ٤٥٢٦/١٠، مختصر القدوري: ٤٧١/١، المبسوط: ٢٥/٥، الهداية مع فتح القدير: ٢٨٥/٩، رؤوس المسائل: ٢٩٤.

ليشتريه أي شيء كان وَسَمّى ثمنه لم يكن له أن يشتري غيره إجماعًا؛ وهذا لأنه إذا تصرف بإذن السيد فالسيد أمره بنوع فلا يصير غيره مأمورًا كما إذا فَعَلَ بنفسه العقد في نوع لا يصير غيره مفعولًا.

ويمكن أن يقال تصرف بغير أمره فلا يجوز كما لو لم يأذن له في شيء والتعليل لما لم يأذن له فيه من النوع ثم الدليل على أنه يتصرف لسيده أن التصرف إما أن يكون بيعًا أو شراء فإن كان بيعًا فقد باع مال سيده والبيع تمليك فيكون تمليكًا من المالك وإن كان شراء فالشراء تملّك والتملك تصرف للمتملك، والمتملك هو السيد فيكون الشراء له، ولأنه لابد [١١١/ب] لصحة تصرفه من إذن السيد ولو كان متصرفًا لنفسه وهو من أهل التصرف بالاتفاق وَجَبَ أن يصح تصرفه بغير إذن السيد فثبت حقيقة وحكمًا أنه متصرف للسيد وإذا كان متصرفًا للسيد يثبت ما قلنا.

يبينه: أن هذا تخصيص نافع للسيد؛ لأنه ربما يعرف هدايته في نوعٍ دون نوعٍ فيأذن له فيما يعرف هدايته فيه ولا يأذن فيما لا هداية له فيه، وإذا كان التخصيص نافعًا للسيد دون مالا يعرفه صح التخصيص كالامتناع أصلًا والإطلاق جملة لما كان نافعًا للسيد أما الامتناع بأن لا يعرف هدايته في الكل، والإطلاق جملة بأن يعرف هدايته في الكل صح كلاهما، كذلك التخصيص وَجَبَ أن يكون مثلهما سواء بأن لا يعرف هدايته في الكل لو عرف في الكل صح كذا ههنا.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: متصرف بِفَكّ الحجر فلا يختص تصرفه بنوعٍ دون نوعٍ.




دليله: المكاتب.

يبينه: أن فك الحجر إسقاط، والإسقاط لا يختص بشيء دون شيء.

وبيان صحة التعلق بالمكاتب: أن المكاتب عبد؛ لأن النبي عليه قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم...»[1].

ولأن عتقه معلق بالأداء فيكون رقيقًا قبل الأداء؛ لأن المعلق بالشرط لا ينزل منه شيء قبل الشرط.

[وإذا ثبت أنه عبد فلا يكون له ملك مثل العبد المأذون سواء فيكون الملك في الحقيقة للسيد، وللمكاتب حق التصرف واليد بإثبات السيد له ذلك، كذلك للمأذون له اليد والتصرفات إلّا أن الكتابة عقد لازم، والإذن في التجارة ليس بلازمٍ فلأجل لزوم الكتابة في جانب السيد لم يكن له انتزاع الكسب من يد المكاتب ولا الحجر عليه بخلاف المأذون][2].

وأيضًا فإن المكاتب عليه دين يؤمر بأدائه من كسبه فالأجل ذلك الدَّين مُنِعَ السيد من التصرف فيه وانتزاعه من يده حتى لو لحق العبد المأذون دين نقول إن حكمه في ذلك حكم المكاتب.

وحرفهم المتعلق به في المكاتب إن المكاتب عبد بلا ملك له ومع ذلك

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٢٤٢/٤، مع المعالم، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته.
والترمذي في سننه: ٢٦٥/٥ مع العارضة، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤديه.
وابن ماجة في سننه: ٨٤٢/٢، باب المكاتب.
والإمام أحمد في مسنده: ١٧٨/٢، ١٨٤، ٢٠٦، ٢٠٩.

(٢) الأسرار: ١٥٥/٢/أ (مراد ملا).

كان متصرفًا لنفسه كذا العبد المأذون.

وأما فقههم:

قالوا: العبد متصرف لنفسه؛ لأنه من أهل التصرف بالإجماع[1] فيكون تصرفه له اللهم إلّا أن يجعله لغيره بالتزام شرعي بمنزلة الوكيل وإلّا فالأصل أن مَنْ كان من أهل التصرف يكون تصرفه له، ولأن العهدة عليه حتى لو هَلَكَ الكسب في يده وعليه دين من معاملاته لا يتوجّه على سيده شيء من العهدة ويطالبُ أيضًا بعد العتق، ويستحيل أن يكون العقد لشخصٍ وتبعة العقد وعهدته على شخص أخر وإذا كان الشراء تملكًا من السيد كيف يطالبُ العبد بالثمن؟.

قالوا: وبهذا فارق الوكيل؛ لأنه لما كان متصرفًا للموكل كانت العهدة على الموكل حتى لو لم يكن الموكل أعطى الوكيل شيئًا وأمره بالشراء فالثمن يطالبُ به من الموكل، وإن طُولبَ الوكيل فالوكيل يطالب الموكِّل، ويجوز أيضًا للبائع أن يطالب الموكل ابتداءً ليعطي ثمنه، وكذلك إذا أعطاه شيئًا ليشتري به وتلف في يده يطالب الموكل أيضًا ليعطي بدلَه بخلاف مسألتنا، فإن الولي لو أذن للعبد في التجارة فاشترى شيئًا بثمن وأَعْلَمَه لم يكن للبائع أن يطالب السيد، ولو كان في يد العبد كسب فهلك لم يطالب السيد أيضًا.

وتحقيقهم في المسألة:

أن الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمة العبد وذمة العبد مملوكة له؛ [بدليل أنه يقرّ بالمال فيصح ويؤخذ به بعد العتاق، وكذلك يقر بالقصاص

---

(١) بدائع الصنائع ١/٤٥٢٦.

على نفسه فيصح، ولو كفل يصح أيضًا][1]، ولأن الذِّمة عبارة عن محل الإلزام وهو في هذا كالحرّ؛ بدليل صحة التزامه، وصحة خطاب الشرع إياه بالإلزام.

ويدل عليه: أن المولى لو اشترى له شيئًا ليكون الثمن في ذمته لا يصح ولو كان ذمته مملوكة له لصح، كما يصح في ذمة نفسه.

وأما إقرار المولى عليه بالدَّين: فإنما يصح لا لأن ذمته مملوكة له لكن لأن الدَّين الذي على العبد يتعلق برقبته استيفاء عندنا فبملكه رقبةَ العبد يصح إقراره بقدر ماليته كالوارث يُقر على مورثه بالدَّين فإنه يصح لا أن ذمة المورث مملوكة له لكن لأن الدَّين الذي في ذمته يتعلق بالتركة، والتركة ملك الوارث فبملكه التركة صح إقراره حتى إن هناك صح بقدر التركة وههنا [١١١/أ] بقدر المالية في الرقبة وبما زاد لا يجوز في الموضعين.

قالوا: فإن قلتم إن السيد لو أعتقه يطالب العبد بعد العتق.

قلنا: نعم، ولكن إنما كان كذلك لا بملك الذِّمة بل لأن الدَّين لما تعلق بالرقبة وبالعتق سلمت الرقبة للعبد فيطالب بقدر قيمة الرقبة لسلامتها له وقد كان الدَّين متعلقًا بها، وهذا كالوارث إذا استخلص التركة لنفسه يطالب بالدَّين بقدر التركة كذا ههنا.

قالوا: وأما ملك المشتري فقد دللنا أن العبد متصرف لنفسه وقضية تصرفه أن يكون حكم العقد من الملك له إلّا أن الرق الذي فيه يمنع إثبات الملك له فأثبتنا للسيد وأقمناه مقامه في حكم العقد كالمشتري بشرط الخيار

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٥٥/ب.




للبائع إذا هَلَكَ ثبت الملك لوارثه ابتداءً وإن كان العقد صدر من الميت لنفسه وقضيته أن يكون الحكم له لكن الموت منع إثبات الحكم له فأثبت للوارث وأقيم مقامه كذلك ههنا.

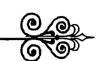
وحرفهم في هذا: أن المولى يملك لا لأنه حكم العقد لكن لملكِه رقبة العبد فكان أحق الناس بموجب عقد صدر من العبد وتعذَّر إثباتُه له، وهو أيضًا بمنزلة المكاتب فإن حق السيد ثابت فيما اشتراه العبد المكاتب وكان ثبوته له بهذا الطريق، كذا الملك في مسألتنا.

وقال بعضهم:

موجب شراء العبد المأذون ثبوت اليد له والملك للسيد بمالكية رقبة العبد ويجوز أن يحقق عقد الإنسان لنفسه بموجب إثبات اليد له كالمولى يبيع من عبده المأذون شيئًا يجوز ليثبت اليد للعبد، وكذلك رب المال يبيع من المضارب شيئًا.

قالوا: وأما تعلقكم بشرط الشرع إذن السيد في تصرف العبد، فليس ذلك؛ لأن العقد له بدليل أن الإذن من المولى شرط في نكاح العبد وإن كان النكاح للعبد، ولكن لأن قضية الدَّين الواجب على العبد مطلقًا أن يتعلق برقبته ورقبته ملك للسيد فاعتبر إذنُه ليوجد رضاه بتعلق الدَّين برقبة العبد.

قال: وليس شرط الإذن لأن التصرف له؛ لأن حجتكم في أن التصرف للسيد هو أن الملك له، ولا يشترط إذن السيد في ثبوت الملك له بسبب يوجد من العبد، ألا ترى أنه لو احتطب أو احتش يكون ملكًا للسيد وإن لم يأذن له في ذلك، وكذلك يصح قبوله الهبة وإن لم يأذن له السيد فيه فدل أن



إذنه إنما اعتبر لما بيّنا.

وأما فصل التهدي إلى نوعٍ دون نوعٍ فهو غير معتبر بدليل المكاتب ولأنه لو كان مهتديًا إلى التجارة في جميع الأنواع فإن عندكم لا يصح أيضًا إلّا في النوع الذي خَصّه به فسقط هذا الكلام.

❁ **الجواب:**

قولكم: «متصرف بفكّ الحجر».

قلنا: لا، بل بالإذن، وإن عنيتم بِفَكّ الحجر الذي نريده فهو مسلم وإن عنيتم شيئًا آخر فلا نسلم.

يبينه: أن الإذن يقبل المنع من بعد ولو كان فَكّ الحجر كان إسقاطًا والإسقاط لا يقبل الإسقاط، ولأنه يعتبر علم العبد بالإذن ليصح تصرفه والإسقاط لا يعتبر فيه علم أحد لصحته كالطلاق والعتاق، ولأنه لو صرح بإسقاط الحجر لا يصح ما لم يقل أذنتُ، وربما يمنعون هذا.

وأما المكاتب فقد ادّعى بعض أصحابنا: أن للمكاتب نوع ملك يليق بحاله فلهذا جعلناه متصرفًا لنفسه، وليس هذا بشيء، ولا يمكن تحقيقه مع قيام الرق فيه.

والمعتمد أن موجب العقد هناك للمكاتب وهو حق ملك ينقلب حقيقة في ثاني الحال، والرق الذي فيه لا ينافي ثبوت حق الملك له؛ وهذا لأنه لما ثبت له في الحال حق عتقٍ ينقلب حقيقة عتق، ثبت أيضًا بوقفه حق ملكٍ ينقلب حقيقة وبيان ثبوت حق الملك له ثبوت اليد والتصرف، وكونه أحق به

من السيد حتى ليس للسيد أن ينتزع من يده بل إذا أتلفه يغرم له، ولا يجوز أن يُحال بهذا على الدَّين؛ لأن الدَّين لو كان ألفًا وعنده من الكسب ما يساوي الألوف ليس للسيد أن يأخذ من يده شيئًا ولا درهمًا، دل أن للمكاتب حق ملك ولا حق للسيد أصلًا ولا ملك، أما الملك فلا إشكال فيه، وهم لا يدّعون ذلك، فأما الحق فلأنه يعرف بالآثار والأحكام والسيد قد أُنزل في كسب المكاتب منزلة الأجنبي حتى لو أعتق أو استولد لم يصح، بلى إذا عَجَزَ المكاتب فرد إلى الرق الآن يملك، فثبت أن الموجب كله للمكاتب فكان [١١١/ب] العقد له بخلاف مسألتنا على ما بيّنا.

فإن قالوا: فلمن الملك في كسب المكاتب؟.

قلنا: لا ملك لأحدٍ، والعبرة بالدليل لا بالاستعجاب المجرد وقد دلّلنا على ما قلنا وهو صحيح على المذهبين، ثم نقول لو كان كسبه حقًا وملكًا له في الحال لم تصح الكتابة؛ لأن الشرع إنما جعل كسب المكاتب حقه ليؤدي به بدل الكتابة الذي هو عوض رقبته فيعتق وتسلم له رقبته بإزاء ما بذله من العوض، فإذا قلنا هو ملك السيد أو حقه لم يصح به الأداء ولا الكتابة؛ لأنه يكون السيد حينئذ معاوضًا ملكه بملكه وحقه بحقه وذلك باطل.

فهذا حقيقة الجواب عن الكتابة وسرها وحكمها في الشرع ولا يعرف ذلك إلا الغوّاصون في بحار المعاني.

وأما قولهم: «إنه متصرف لنفسه».

اعلم أن بعض أصحابنا سلّم لهم ذلك، وقال: هو وإن كان متصرفًا لنفسه لكن لما كان بالإذن يتقدر بقدر الإذن، وليس هذا بشيء، لأنه إذا كان

تصرفًا لنفسه فيكون تصرفه له وملكه فتخصيص السيد يصادف ملكَ الغير ولا يصح.

والمعتمد ما قلنا إنه متصرف للسيد بدليل ما ذكرنا.

وأما قوله: «إنه من أهل التصرف».

قلنا: بلى، ولكن للسيد لا لنفسه.

فإن قالوا: إذا لم يتصرف لنفسه كيف يتصرف لغيره؟

قلنا: يجوز كالمرأة تطلق نفسها من قبل زوجها وليس من أهل الطلاق بنفسها بحال؛ وهذا لأنه من أهل التصرف فتجويز الشرع منه ذلك وتصرفه لسيده، ؛ لأن مُوجَبَه لسيده فيكون تصرفه لسيده، وهذا كما أن الأجنبي من أهل التصرف في ملك الغير عند أمره إياه بذلك ثم تصرفه لمُوكِّلِهِ؛ لأن مُوجَبَه لمُوكِّلِهِ، كذلك ههنا.

وأما فصل العهدة: فمن أصحابنا مَنْ منع، وقال: يطالب السيد بثمن مَا مَلَكَه.

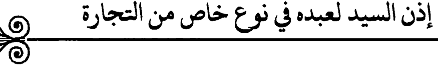
وعندي[1]: أن هذا المنع خلاف المذهب.

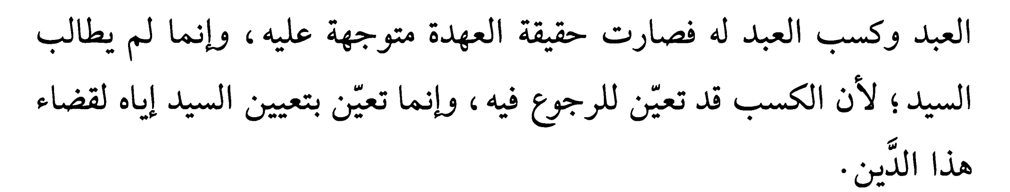
يبينه: أن عندنا إذا كان دين العبد لا يتعلق برقبة العبد؛ لأنه مال السيد وليس بكسب العبد فكيف يطالب السيد ليقضيه من سائر أمواله والمذهب أن الكسب متعيّن لدين العبد؟.

ووجه الجواب: أن العهدة على السيد على معنى أن الكسب متعين لدين

---

(١) أي المؤلف (السمعاني).





العبد وكسب العبد له فصارت حقيقة العهدة متوجهة عليه، وإنما لم يطالب السيد؛ لأن الكسب قد تعيّن للرجوع فيه، وإنما تعيّن بتعيين السيد إياه لقضاء هذا الدَّين.

فإن قالوا: لم صح هذا التعيين؟

قلنا: لدفع الضرر عن المولى؛ وذلك لأن الشارع إنما شرع الإذن للعبد في التجارة لنفع الموالي وجعل لهم تعيين كسبهم لقضاء الديون الواجبة بمعاملاتهم تحقيقًا لنفع الموالي فإن العبيد إذا علموا أن ما اشتروه يكون أثمانها على الموالي وأنهم لا يطالبون بذلك لم يبالوا بالشراء كيف ما كان، وربما يتلفون ما يقع في أيديهم بالإنفاق وغيره ثقة منهم واعتمادًا على مطالبة الموالي بالديون فإنه لا شيء عليهم، والموالي إذا علموا بذلك لم يرغبوا في معاملاتهم بالإذن لهم في التجارة وانسد هذا الطريق أصلًا ورأسًا فلأجل الذي قلناه جُعِلَ للسادة تعيين أكساب العبيد للرجوع بالعهدة، واكتفى منهم في التعيين بالدليل دون التصريح، والدليل معهود أحوال السادة في المقصود بالإذن.

فإن قالوا فيما قلتم نظرًا للموالي ولكنه إضرارٌ للعبيد، وأيضًا فإن العبد إذا أُعْتِقَ طُولِبَ بالديون فإذا كان على السيد وإنما تعين الكسب بتعيينه كيف يطالب العبد بعد العتق؟

❁ **الجواب:**

أما ضرر العبد لا نبالي به؛ لأن الإذن في التجارة جُوّز لنفع السيد لا لنفع العبد ولهذا يجبره عليه.



أما قولهم: «يطالب العبد بعد العتق».

قلنا: لما ثبت تعيين كسب العبد لهذه العهدة فإذا أعتق جعل الكسب بعد حريته بقدر الدَّين منزلة كسب الرق، وهذا كالعبد يؤاجره سيده سنةً ثم يعتق في خلال السَّنة يؤمر بالخدمة إلى باقي السَّنة وتجعل منافع الحرية كمنافع الرق، كذلك ههنا.

والعبرة بما يقوم عليه الدليل، فكيف ما قام الدليل على الحكم اتبعناه وبهذا الطريق نقول: إذا اشترى السيد لعبده شيئًا ليكون الثمن في ذمته لا يجوز؛ لأن الأصل أن الثمن يكون على مَنْ تملّك المبيع إلّا أن في مسألة العبد المأذون أوجبنا الثمن في كسب العبد بتعيين السيد وذلك من حيث الدلالة، وصح التعيين منه للوجه الذي بيّنا، ولئلا ينسد باب ما شرعه الله تعالى من الإذن للعبيد والتجارات ونفع الموالي من هذا الوجه [١١٢/أ] فأما في هذه المسألة فأيّ حاجة للسيد إلى مثل هذا التصرف؟ فرجعنا إلى الأصل من إيجاب ثمن المبيع على متملّكه ولم يصح شرطه وجوب الثمن في ذمة العبد وفعله التصرف وعلى أن في تلك المسألة إلزام على مَنْ يقول: إن الذمة مملوكة للسيد ولا نريد أن ندعي ذلك.

وقولهم بعد هذا: «إن الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمته».

فهذا محال؛ وذلك لأن الله تعالى ما شرع الشراء للعباد لاستيجاب الأموال في ذمتهم ولا هم يقصدون ذلك إنما شرع لهم ليتملَّكوا بشرائهم الأموال إلا أنهم لا يصلون إلى ذلك إلا ببذل الأعواض.

وحرفنا: إن البيع تمليك والشراء تملّك فيكون البيع لمن حصل منه

التمليك والشراء لمن حصل له التملّك.

فإن قالوا: فالشراء إذًا تصرف في ملك الغير وإنما يصح تصرفه في محل يملكه وليس ذلك إلّا الذمة باستيجاب الثمن فيه.

قلنا: الشراء بالتملّك، والتملّك إنما يتصور من ملك الغير، وعلى أن أمره يتناول تحصيل الكسب، والكسب له فقد صادف الأمر محل ملكه.

وأما الذي قالوا: إن موجب العقد للعقد.

قلنا: موجب الشراء الملك فَمَنْ لم يكن من أهل الملك كيف يكون موجب الشراء له؟.

وقوله: «إن السيد يقوم مقامه».

قلنا: لا، بل يثبت ابتداءً للسيد، وقد انعقد العقد ليكون الملك للسيد إذ لا يتصور سوى هذا، وفي مسألة الخيار انعقد العقد ليكون الملك للمشتري ثم تعذر بموته فجاز أن يقوم الورثة مقامه، وعلى أن ذلك مذهبهم، وعندنا الملك لا يتراخى عن العقد ويكون الملك للمشتري سواء كان فيه خيار أم لا، ثم الدليل من مذهبهم على أن العبد متصرف ليكون الملك للسيد ابتداءً لا بطريق الإقامة بسبب ملك الرقبة للعبد على ما قالوا: إن عندهم لو اشترى العبد شيئًا بغير إذن سيده ثم أعتقه سيده لا ينفذ شراؤه لنفسه ولو كان قضية العقد أن يكون الملك له واستحقه السيد بملكه الرقبة لكان إذا أسقط السيد حقه يقضي بالملك له، وقد قالوا لو تزوّج العبد بغير إذن سيده ثم أعتقه السيد ينفذ نكاحه والذي قلناه إلزام عظيم عليهم، وليس لهم عذر عنه يبالى به.

وأما الذي قالوا: إن صحة الشراء منه لأن موجبه له يدًا.

قلنا: موجب الشراء الملك لا اليد، وإنما اليد ثمرة الملك وعلى أن يده يد السيد، والمسألتان اللتان ذكروهما على أصولهم ولا نسلمهما، وإن تعلقوا بالاحتطاب والاحتشاش فعندنا إذا وُجِدَ ذلك من العبد يكون متصرفًا لسيده لا لنفسه مثل الشراء سواء، إلّا أن الإذن سقط اعتباره على الأصلين؛ وهذا لأن الاحتطاب والاحتشاش فعل حسّي لا يمكن ردهما ورد موجبهما إذا وُجِدَ، والبيع عقد شرعي يمكن ردّه شرعًا، فإذا لم يأذن فيه للسيد ردّ شرعًا وصار كالعدم.

والله أعلم

※ (**مَسْأَلَة**):

إذا رأى غلامه يبيع ويشتري فسكت لا يصير مأذونًا له في التجارة(١).

وعندهم: يصير مأذونًا استحسانًا(٢).

لنا:

إنه لم يوجد الإذن في التجارة فلا يصير مأذونًا له في التجارة كما إذا

---

(١) المهذب: ٥١١/١، النكت: ورقة ١٦١/ب، الروضة: ٥٦٨/٣، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني ٣٥١/٦.

(٢) الأسرار: ١٥٦/٢/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١١/٢٥، البدائع: ٤٥٢١/١٠، الهداية مع شرحهما العناية: ٢٨٤/٩، مع تكملة فتح القدير، رؤوس المسائل: ٢٩٤.
الاستحسان: هو ترك القياس لعارض دليل قوى موجب للعمل به. ينظر: أصول السرخسي ٢٠٢/٢.

نهاه، وإنما قلنا لم يوجد الإذن في التجارة؛ لأن المسألة فيما إذا رآه يبيع ويشتري فسكت، والسكوت كفٌّ عن الإذن، والكفّ عن الإذن لا يكون إذنًا كالكفّ عن الحجر لا يكون حَجْرًا كما في الكفّ عن جميع الأشياء، فإن الكافّ عن الشيء لا يكون فاعلًا له.

يبينه: أنه لو صار مأذونًا له في التجارة لم يكن بد من صريح إذنٍ أو دلالة على إذنٍ ولم يوجد صريح ولا دلالة، وانتفاء صريح الإذن مقطوع به، وأما الدليل فلأن السكوت محتمل الرضا والسخط ويحتمل التروّي والاستهانة والمحتمل للأشياء لا يكون دليلًا على واحد منهما؛ لأنه ليس بأن يكون دليلًا على البعض أولى من أن يكون دليلًا على البعض فسقط الكل، ولأنهم قالوا: لو رأى عبده يبيع متاعه وسكت لا يصح البيع الذي باشره ويصير مأذونًا له في التجارة؛ ولئن كان السكوت دليلًا على شيء فأولى شيء يكون دليلًا عليه هو البيع الذي باشره وشاهده المولى وسكت عنه فإذا لم يدل عليه فكيف يكون دليلًا على ما سواه؟.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: دفع الضرر واجب لقوله ـ صلى الله عليه: «لا ضَرَرَ ولا ضِرار في الإسلام...»(١) وإذا لم يجعل سكوته إذنًا أدى إلى ضرر عظيم يتصل بالناس، وإنما قلنا ذلك، لأن مَنْ تعامل مع العبيد من التجار [١١٢/ب] يكثر

(١) رواه ابن ماجه في سننه: ٧٨٤/٢، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره.
والإمام مالك مرسلًا في الموطأ: ٤٠/٦ مع المنتقى، باب القضاء في المرافق.
والإمام أحمد في المسند: ٣١٣/١، ٣٢٧/٥.



كما يكثر مَنْ يعامل مع التجار من الأحرار فلا يمكنهم أن يراجعوا إلى الموالي في معاملاتهم ليتعرفوا من قبلهم أنهم أذنوا أم لا؟ ولو اعتبرنا ذلك أدى إلى حرج عظيم.

وإنما يعتمدون في معاملاتهم على رؤية السادة عبيدهم يعاملون وسكوتهم، فإذا قلنا لا يصير مأذونًا له في التجارة أدى إلى الضرر العظيم بالمعاملين، لأن أموالهم تقع في أيدي العبيد، وربما أتلفوها وأنفقوها، ولا يمكن استردادها وتبقى حقوقهم في ذممهم ولا شيء بأيديهم فيقضوها، وربما لم يعتقوا ليطالبوا بعد العتق فتتوى[1] حقوقهم بالكلية، فثبت ما ادّعيناه من اتصال الضرر العظيم بالناس فوجب إثبات الإذن دفعًا لهذا الضرر، وهذا كالحَجْر الخاص لا يرد على الإذن العام بأن حجر على عبده في بيته بعد أن شاع إذنه في الناس وإنما لم يجز دفعًا للضرر عنهم كذا ههنا.

وإن منعتم فلا يصح المنع، لأنا أجمعنا على أن الأمر المشهور لا يرتفع بالنسخ الخفي حتى يشتهر الناسخ شهرة المنسوخ، ويعتبر علم الإنسان بالناسخ حتى يثبت حكمه في حقه، ألا ترى أن أهل قباء لم يثبت في حقهم نسخ القبلة حتى علموا.

إذا ثبت هذا فلم يرتفع الأمر المشهور إلّا بنهي مشهور حتى يتصل بكل من اتصل به الأمر.

قالوا: ولا يلزم إذا رآه يبيع متاعه، لأنا إنما جعلنا السكوت إذنًا لدفع الضرر، وفي هذه المسألة إذا جعلنا السكوت رضا أضررنا بالسيد في زوال

---

(١) التوى: بوزن الحصى: الهلاك. ينظر: المصباح المنير مادة (توى).

ملكه عن المتاع وإذا لم نجعله رضا فضرر يلحق المشتري في أن لا يجوز عقده إلا أن الضرر الذي يلحق المشتري دون الذي يلحق السيد، فما يلحق السيد أعظم؛ لأنه يزول ملكه عن الشيء الذي باعه العبد، والذي يلحق المشتري أخف، لأن غاية ما في الباب أن لا يجوز عقده ولا يملك المشتري إلّا أن هذا ضرر قليل، لأنه إن لم يملك المتاع يبقى الثمن على ملكه وإذا كان الضرر الذي لحق البائع أعظم فدفع الضرر عنه بترك تجويز العقد أولى من دفع الضرر عن المشتري، لأن أعظم الضررين أولى بالدفع من أخفهما.

وفي مسألتنا الضرر بنفي الإذن ضرر عام والأمر بإثباته ضرر خاص وهو الذي يلحق السيد، ودفع الضرر العام أولى من دفع الضرر الخاص، وهذا معتمدهم.

وقد استدل بعضهم بأنَّ[1] السّكوت إذن: بسكوت البكر في النكاح وسكوت الشفيع عن الطلب وسكوت النبي ـ صلى الله عليه ـ عن أمرٍ شَاهَدَه وعَايَنه وغير هذا على ما عرف.

وربما يقولون العبد متصرف لنفسه وللسيد حق المنع فسكوته عن المنع من التصرف يجوز أن يكون مسقطًا حقه.

دليله: المشتري للشقص للمشفوع إذا تصرف فيه ورآه الشفيع وسكت.

۞ الجواب:

قلنا: أما دفع الضرر واجب على ما قلتم، ولكن نحن قد دفعنا الضرر

---

(١) في المخطوط: «فإن»، ولعل المثبت هو الصحيح.



عن الناس حيث أطلقنا لهم الاستخبار عن إذن المولى إياه في التجارة إما من الناس أو من العبيد، ثم الاعتماد عليه إن كان محل الاعتماد فأما إذا اعتمدوا على إذن المولى وسكوته فهم الذين جروا الضرر إلى أنفسهم حيث اعتمدوا على ما ليس بمحل الاعتماد، ومَنْ جرّ الضرر إلى نفسه فليس علينا دفعه عنه.

❁ **وحرف الجواب:**

أنهم إذا سلكوا الطريق المشروع فلا ضرر، وذلك بأن يستخبروا عن الناس وجود الإذن أو من العبيد فإذا لم يسلكوا الطريق المشروع ولَحِقَهم الضرر فليس علينا دفعه.

ويقال: هذا بما كسبت يَدَاكَ فَذُقْ وَبَالَ أمرك وَيَدَاكَ أَوْ كَتَا وفُوك نَفَخَ، ويقال لهم أيضًا: إن الإذن عقد شرعي، وفي العقود الشرعية يعتبر وجود أسبابها لتصح، فأما دفع الضرر لا يكون سببًا في انعقاد العقود، نعم، يجوز أن يقال دفع ضر أو جلب نفع يكون ثمرة عقد، فأما أن يكون هذا السبب في انعقاد العقد محال، وفي مسألتنا لم يوجد سبب وإن وجد سبب فبيّنوا.

وأما المسألة التي استشهدوا بها فهي على أصولهم، وعندنا: يجوز الحجر عليه في بيته، وقد جوّزوا مثل هذا في القِراض[1]، وعلى أنه إن سُلّم لهم فهناك إذن مشهور، فلا يرتفع إلّا بنهي مشهور فكذلك ههنا فُقِدَ إذن مشهور فلا يرتفع إلّا بإذنٍ مشهورٍ.

---

(١) القِراض: هو أن يدفع إليه مالًا ليتجر فيه والربح مشترك. ينظر: المنهاج ٢/٣١٠ مع شرحه المغني.

وأما المسألة التي ألزمناهم: فهي في نهاية الإلزام.

وأمّا عذرهم باعتبار أعظم الضررين، فليس بشيء، لأن ضرر السيد وإن كان أعظم لكن هو أضر بنفسه، لأنه كان ينبغي أن ينهَى عنه ويمنع منه.

وأما المشتري وإن كان ضرره أخف لكنه اعتمد على [١١٣/أ] سكوت السيد، وعندكم: هو محل الاعتماد فصار دفع الضرر عن المشتري أولى، لأنه لا عذر للسيد فيما يفعله، والمشتري معذور، ودفع الضرر عن المعذور أولى.

وأما قولهم: إن السكوت قد يكون رضا بحال، وسكوت البكر لا يكون رضا حقيقة، لأن رضاها ليس بشرطٍ مع الأب، ومع الأخ لابد من نطقها، وكذلك الشفعة السكوت عنها ليس برضا وإنما يسقط حقه بسكوته، لأنه حق على الفور فإذا ذهبت الفورية انتهى الحق وإذا انتهى لم يبق كسائر ما ينتهي.

وأما سكوت النبي ـ صلى الله عليه ـ فإنما جعل رضا وتقريرًا لوجوب الإنكار عليه(١).

وإن قالوا: ههنا يجب الإنكار عليه أيضًا.

قلنا: لا يجب، وإن أُستحب له الإنكار يكون استحباب الإنكار إذا زوّج بنته وأمته أو باع عبده، وفي هذا الموضع لا يكون سكوته رضا، كذلك ههنا.

والله أعلم بالصواب.

---

(١) مثل ما حصل في غزوة بني قريظة وقوله ﷺ: (لا يصلين أحدكم العصر إلّا في بني قريظة)، فبعض الصحابة صلى في الطريق والبعض الآخر صلى بعد أن وصل المكان فأخبروا بذلك النبي ﷺ فأقر كلًا عن اجتهاده.



※ (مَسْأَلَة):

لا يتعلق دين المأذون برقبة العبد المأذون، على معنى أنه لا تباع فيه رقبته عندنا[1].

وعندهم: يتعلق به وتباع فيه[2].

❖ لنا:

أن رقبة العبد من أصول أموال السيد فلا يتعلق به دين العبد.

دليله: سائر أمواله.

ومعنى قولنا: «إنه من أصول أموال السيد» أنه غير حاصل بكسب العبد.

وحرف المسألة:

أن الدَّين واجب على العبد والرقبة مال السيد فلا يتعلق دين العبد بمال السيد إلّا بمعنى من قبله يوجب تعليقه به ولم يوجد لا صريحًا ولا دلالة، أما الصريح فمعلوم عدم وجوده، أما الدلالة فلأنه لم يوجد من السيد إلّا الإذن بتحصيل الكسب وليس في الإذن بتحصيل الكسب دلالة على تعليق الدين برقبة العبد.

يبينه: أنه لو وجد فيه دلالة لكان من حيث إن تحصيل الكسب بالتجارة لا يخلو من دَينٍ يجب على العبد، ولابد للدين من محل يُقضى منه فتعلق

---

(١) النكت: ورقة ١٦٢/ب، المهذب: ١/٥١١، ٥١٢، الروضة: ٣/٥٧١، المنهاج مع شرحه المغني: ٢/١٠١، وهو قول الحنابلة. ينظر: المغني ٦/٣٤٨.

(٢) مختصر القدوري: ١/٤٧٤، ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر: ٢/٣٥٥.

بالرقبة ليُقضى منها، وهذا إنما يصير دلالة أن لو لم يوجد محل آخر يتعلق به فيُقضى منه، وقد وجد: وهو الكسب، فسقطت دلالة الإذن من الرقبة ليتعلق بها.

فإن قالوا: يتعلق بهما.

قلنا: لا يجوز الكسب محل تام في الوفاء بالدَّين كافٍ للقيام به وإنما قلنا ذلك؛ لأن الدَّين دين المعاملة والمعاملات يُرجَع فيها إلى العادات وهي حكم عدل فيها، والعادة أن ديون العبد إذا وجدت فإن أكسابه تفي بها ولا تزيد عليها إلّا نادرًا، وذلك ساقط كما تسقط إذا زادت على الرقبة، ولا يتعلق بمال آخر للسيد.

والحرف الوجيز في هذه الطريقة: أن الدَّين على العبد، والرقبة مال السيد، وإنما تتعلق بالكسب بدلالة لا توجد في الرقبة، وهي النظر لديون الناس حتى لا تَتوى، فإذا استقل الكسب بالوفاء بها على ما سبق سقط الدليل من تعلقها بالرقبة من كل وجهٍ.

ويمكن أن يعبر عما قلناه فيقال: الدَّين دين التجارة ودين التجارة يعتمد المراضاة، ولم يوجد من السيد رضا بتعلقه برقبة العبد لا صريحًا ولا دلالة، وقد وجد منه الرضا بالتعلق بالكسب دلالة على ما بيّنا، لأنه لما أذن له بتحصيل الكسب ولا تحصيل إلّا بدين ولابد للدين من محل يُقضى منه؛ ليرغب الناس في المعاملة مع العبيد معتمدين على وصولهم إلى حقوقهم من ذلك المحل، فإنه إذا لم يوجد نفروا من المعاملة مع العبيد؛ خوفًا من هلاك حقوقهم، فيفوت مقصود الموال، ي فقد وجد رضا المولى بالقضاء من كسب



العبد بهذا الطريق، لأنه لما أذن له مع علمه بذلك فقد رضي بتعلق الدَّين به دلالة، وهذا لا يوجد في الرقبة، لأن حصولها سابق على سبب الدَّين، ولأن المولى لا يأذن لعبده في التجارة لِيُتْوِيَه إنما يأذن ليحصّل منه مالًا فإن لزمه دين في التحصيل يقضي مما يحصّله ويبقى له شيء فإن لم يبق شيء ينجو منه كفافًا رأسًا برأسٍ ولا يَتَوى عليه ما هو رأس ماله، وإذا علقنا الدَّين بالرقبة سعينا في إتواء أصول أمواله فيكون الإذن في التجارة عائدًا إليه بضره لا بنفعه، ووضع الإذن في التجارة في الشرع لنفع الموالي من العبيد لا لضرهم، وهذا الوجه وإن كان قريبًا من الوجه الأول ويصلح تقريرًا له لكن المدخل الأول أحسن وأجرى في النظر.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: دين وجب على العبد مطلقًا فيتعلق برقبته.

دليله: دين الاستهلاك، وربما يقولون: دين وجب على العبد وظهر وجوبه في حق السيد، وعنوا [١١٣/ب] بالإطلاق في العبارة الأولى ما صرحوا به في العبارة الثانية.

والفقه لهم:

إن الدَّين قد وجب على العبد فيتعلق بمحل الوجوب، والرقبة محل الوجوب فتعلق بها من كل وجهٍ، فهو واجب في الرقبة فيقضى من الرقبة.

قالوا: وأما الذمة عبارة الفقهاء وهي في اللغة: عبارة عن العهد، والعهد لا يكون محل الوجوب.

وفي الشرع: عبارة عن شخص له ذمة أو شخص يصلح الدَّين واجبًا عليه؛ ولهذا يقال: لفلان على فلان كذا، وفي ذمة فلان كذا، وفي عنق فلان كذا، وفي رقبة فلان كذا ويعبرون به عن شيء واحد.

قالوا: وكذا نقول في الحر، ألا ترى أن الرقبة إذا تحولت مالًا كيف يقضى منها، فإذا ثبت أن الدين يتعلق بالرقبة ابتداءً وهو واجب قضاؤه شرعًا؛ لأنه غير مؤخّرٍ إلى ما بعد العتق بخلاف ما إذا أقر بدين قبل الإذن فأولى محل يقضى منه هو المحل الذي تعلق به إذا أمكن القضاء منه، إلّا أنه تقدم الكسب عليها لعارض دليل شرعي وهو النظر للغرماء والموالي، فإنا إذا قدمنا القضاء من الكسب لم يصر العبد محجورًا عليه، ولا يكون على تكسبه، ولا ينسد باب نفع السيد، ولا يزول ملكه عن رقبته، ولا يصير محل قضاء الدين للغرماء؛ لأنه يكون على تكسبه، وتحصيل ما يقضى به دينه، وإذا قدمنا القضاء من الرقبة استضر به الموالي والغرماء، وهذا لا يمنع التعلق بالرقبة ابتداءً وما نظير هذا إلّا دين الاستهلاك فإنه يتعلق بالرقبة ثم لو أن السيد قضى ذلك الدَّين من خالص ماله واستخلص الرقبة لنفسه فإنه يجوز، ولم يدل جواز ذلك على عدم تعلقه بالرقبة لكن فعل ذلك بطريق النظر من السيد لنفسه، وههنا تقديم الكسب نظر من الشرع للسيد وللغرماء زيادة حتى لو أراد السيد تقديم الرقبة بقضاء الدَّين منها واستخلاص الكسب لنفسه يجوز، وهذا معتمدهم في المسألة.

قالوا: وأما اعتبار رضا السيد فلا معنى له بعد أن تعلق الدَّين بالرقبة، وقد قام الدليل عليه مثل دين الاستهلاك.




وقال بعضهم: قد بيّنا أن العبد متصرف لنفسه، وإنما اعتبرنا إذن السيد ليكون رضا منه بتعلق الدَّين بالرقبة، وقد وجد الرضا من هذا الوجه، والأول أحسن.

وقد سلكوا طريقة أخرى في إثبات الدَّين في الرقبة وقالوا: ذمة العبد ضعيفة؛ لأنه آدمي ومال، فمن حيث أنه آدمي له ذمة، ومن حيث إنه مال فلا ذمة له، فله ذمة من وجهٍ دون وجهٍ فضعفت.

ولهذا المعنى قلّ خطاب الشرع في حقه، وإذا ضعفت ذمته تعدّى وجوب الدَّين إلى الرقبة من حيث التعلق؛ لأنها أقرب محل يصلح للاستيفاء منها، ونظيره ذمة المريض لا[1] ضعفت بإشرافها على الخراب بالموت تعدّى التعلق إلى أمواله، وكذا الميت، والطريقة الأولى أوجه وأولى.

قالوا: وليس كما لو حَجَرَ السيد على العبد ثم أقر بالدَّين حيث يُقضى من كسبه الذي في يده ولا يُقضى من رقبته؛ لأن في هذه المسألة إنما لا يُقضى من الرقبة؛ لأنه لم يجب الدَّين مطلقًا، فإنه لم يظهر حق السيد، وأما كسبه الذي بقي في يده والإذن في ذلك قائم لِيَقْضِي منه ديونه فيصح إقراره فيما يرجع إليه فيقضي منه.

والجملة أن إذنه مرتفع في حق الرقبة باقٍ[2] فيما بقي في يد العبد من الكسب قالوا: وظهر بما قلنا الاعتراض على ما قلتم؛ لأن حقيقة كلامكم أنه لم يقم دليل على التعلق بالرقبة وقد قام بدليل ما بيّنا.

---

(١) كذا في المخطوط ولعل صحة العبادة: «إذا».

(٢) في المخطوط: باقي.

قالوا: وأما إذا أقر العبد في حال الحجر فهو دين لم يثبت في حق السيد والرقبة ماله، فلم يؤاخذ بها لحق السيد، والكلام في دين يثبت وجوبه في حق السيد والعبد جميعاً.

❁ الجواب:

أما التحرير: فليس فيه دليل على التعلق بالرقبة؛ لأن وجوبه مطلقًا لا يدل على تعلقه برقبته، إنما يدل على كمال الوجوب وهذا لا يدل على التعلق بالرقبة بدليل الحر وأم الولد، والمدبّر على أصلهم.

أما قولهم: «إن الدَّين واجب على العبد».

قلنا: بلى، ولكن من أين قلتم يتعلق بالرقبة؟.

وقولهم: «إن محل الدَّين الرقبة».

قلنا: لا، بل الذمة؛ لأن الأصل الأحرار ونقطع أن ديونهم تتعلق بذممهم لا برقابهم؛ لأن التعلق بالرقبة ليس إلّا على معنى وجوب القضاء منها، ورقبة الحر لا تقضي الدَّين، وإذا قيل: لم يُقْضَ الدَّين من الدية؛ لأنه كان متعلقًا برقبته بل لأنها مال للمديون فيُقضى منها دينه كما يُقضى من سائر أمواله.

ويدل عليه: أن العبد المحجور عليه إذا أقر تعلق الدين بذمته لا برقبته.

وقولهم: «إنه لم يظهر إقرار في حق السيد».

قلنا: وجب [١١٤/أ] أن يتعلق بمحله وإن لم يصدقه السيد، كما تعلق




بذمته، ولأن المقصود من هذا الكلام أن نبين إن الرقبة غير الذمة.

فإن قالوا: ما الذمة وما الرقبة؟.

قلنا: الرقبة عبارة عن ذاته وجسمه، والذمة عبارة عن محل الإلزام والالتزام شرعًا؛ وهذا لأن الآدمي لما فارق سائر الحيوانات بخطاب الشرع فارقها بذمة تكون محل(١) الإلزام بالخطاب ويكون أيضًا محل الالتزام بعقوده في معاملاته وأقاريره وغير ذلك، وهو نوع كرامة لبني آدم، فكما أكرموا بالخطاب الملزم للحقوق أكرموا بمحل لذلك يفارقون به غيرهم كما فارقوا بالخطاب.

ثم يقال لهم: ليس معنى قولكم إن الدَّين في الأصل يتعلق بالرقاب إلا أنه واجب عليهم، ولِمَ قلتم إن الوجوب على العبيد يقتضي قضاءها من رقابهم، فإن الوجوب عليه لا يقتضي إلّا خطابه بالأداء من الرقبة بخطاب ثانٍ فمن أين هذا؟.

يبينه: أن الوجوب لما كان على العبد فالخطاب إنما يتصور معه بالقضاء من الكسب، أما القضاء من الرقبة فخطاب مع السيد، ولا دليل على الخطاب مع السيد بقضاء دين العبد، وبهذا فارق دين الاستهلاك؛ لأن الخطاب هناك مع السيد وههنا الخطاب مع العبد، وإذا خوطب فلا يتصور أن يُقضى من رقبته إنما يتصور أن يُقضى من كسبه، وهذا كلام معتمد.

وأما الذي قالوه من ضعف ذمة العبد، فليس بشيء؛ لأنها ليست

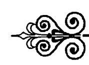
(١) في المخطوط: محلًا.

بضعيفة بل ذمته قوية مستقلة بخطاب الشرع ونقصان الخطاب في موضع لا يوجب ضعف الذمة بدليل المرأة؛ ولأن ذمة الصبي كذمة البالغ وكذلك ذمة المجنون كذمة العاقل ولا خطاب أصلًا، وعلى أن هذا النقصان إن أثّر فيؤثر في حقوق الشرع لا في حقوق العباد، ولا نسلم أن ذمة المريض ضعيفة، ولا نقول أيضًا إن ديونه تتعلق بأمواله ثم يقال لهم: ضعف المحل يوجب ضعف الواجب فيه وقوة المحل توجب قوة الواجب فيه، فأما التعدّي بالضعف إلى محلٍ آخر فَلِمَ ومن أين؟ فهذا الذي قالوه كله أمانٍ كاذبة وزعومات باطلة.

وأما التعلق بفصل الاستهلاك.

فيقال لهم: لِمَ قلتم إن دين الاستهلاك كما يتعلق بالرقبة فوجب أن يتعلق بها دين التجارة، وذلك دين جناية وهذا دين تجارة ومعاملة؟ والمخاطب هناك هو السيد وههنا هو العبد، وخطاب الموالي في الرقاب وخطاب العبيد في الأكساب، وقد تأيّد هذا الفرقان على هذا الأصل بأم الولد، فإن جناية أم الولد على سيدها ويغرم قيمتها، ودينها إذا أذن لها في التجارة يتعلق بكسبها لا برقبتها، وأيضًا فإن ذلك الدَّين غير مستندٍ إلى الرضا حتى يعتبر اتصاله بمحل تعلقه، وقد اتصل بالكسب لا بالرقبة.

فهذه وجوه بينة في دفع تعلقهم بالاستهلاك، وإن ألحوا في طلب المعنى فنقول: لابد لدين الجناية من محلٍ يتعلق به؛ حتى لا يَتوَى حق المجني عليه؛ لأنا لو لم نعلقه بمحل أدّى إلى ضرر عظيم يتصل بالناس؛ فإن الجنايات تكثر من العبيد؛ فإنهم يتصرفون في العادات، ويرسلون في الحاجات، فيفعلون




مُخَلّى الذرع[١] والسرب[٢] باختيارهم من غير حافظ ووازع ويفارقون بهذا البهائم، فإذا لم نطلب محلًا نعلقه به تَوِّي حق أصحاب الحقوق ولم يبال السادة بذلك ولا محل أولى من رقابهم.

وأما في مسألتنا فلا تَوَى[٣] على حقوق أصحاب الحقوق ولأنا وجدنا محلًا تعلق الحقوق به فيمنع تَواها وهو الكسب فلا معنى للتعلق في الرقبة، وهذا تخريج على الطريقة الأولى التي اعتمدنا عليها، وهو بيّن بحمد الله تعالى ومنّه، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.



(١) الذّرع: الطاقة والوسع والقدرة. ينظر: لسان العرب مادة (ذرع).
والمقصود أنه مُخلى وطاقته ووسعه وقدرته وطريقه.

(٢) السرب: الطريق، ومنه يقال: خَلِّ سَرْبَهُ أي طريقه. المصباح مادة (سرب).

(٣) توى: على وزن حصى وقد يمدّ: أي: لاهلاك. ينظر: المصباح المنير، والقاموس المحيط مادة (توى).



مسائل من السلم

※ (مَسْأَلَة):

يجوز السَّلم[1] في الموجود عند المحل وإن كان منقطع الجنس عند العقد[2].

وعندهم: لا يجوز إلّا أن يكون موجودًا من عند العقد إلى وقت المحل[3].

لنا:

أنه أسلم في مضبوطٍ وَصْفُهُ مقدورٍ على تسليمه عند وجوب التسليم فوجب أن يجوز.

دليله: إذا كان موجودًا عند العقد أيضًا؛ وهذا لأنه اجتمع في هذا العقد

---

(١) السَّلم: لغة: هو تسليم رأس المال في مجلس العقد ويسمى سلفا. ينظر: لسان العرب مادة سلم ٢٩٥/١٢.
وفي الشرع: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد. ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٩٧/٣.

(٢) الأم: ١٢١/٣، المهذب: ٣٩٥/١، المنهاج مع شرحه المغني: ١٠٦/٢، الروضة: ١١/٤، معالم السنن: ٧٤١/٣، الحاوي: ٣٩١/٥، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: الإشراف ٢٧٩/١، المغني ٣٩٢/٦.

(٣) الأسرار: ١١١/٢/ب (مراد ملا).
مختصر الطحاوي: ٨٦، مختصر القدوري: ٢٨٠/١، المبسوط: ١٣٤/١٢، البدائع: ٣١٧١/٧، الهداية وشروحها، فتح القدير: ٨١/٧.

[١١٤/ب] شرائط صحة السَّلم فصح سَلَمًا.

ودليل ذلك: أنه لم يفقد إلّا الوجود عند العقد، ألا ترى أنه لو كان موجودًا عند العقد، والعقد على هذا الوجه صح العقد فنقول: الوجود عند العقد لو اعتبر لاعتبر ليقدر بوجوده على التسليم والقدرة على التسليم لا تعتبر لعينها إنما تعتبر لأجل توجُّه المطالبة، ألا ترى أن الآبق مقدور على تسليمه في الجملة، ولكن اعتبر قدرة البائع؛ لأن المطالبة متوجهة عليه، فثبت أن القدرة على التسليم إنما تعتبر بواسطة المطالبة عند المحل ولا مطالبة قبل المحل فلا تعتبر القدرة قبله وإنما توجد المطالبة عند المحل والقدرة عنده موجودة، ألا ترى أنه لو عقد عند المحل وهو حال وجود المسلم فيه حكم بوجود القدرة، كذلك ههنا.

يبينه: أن ما قبل المحل كما بعد المحل في أنه ليس بزمان المطالبة ثم لا يعتبر الوجود بعد المحل كذا قبله بل أولى؛ لأن ما بعد المحل زمان المطالبة بقاءً وما قبل المحل ليس بزمان المطالبة لا بقاءً ولا ابتداءً.

❁ **أما حجتهم:**

قالوا: عقد سلم أورده على ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، كما لو أسلم في المعدوم حالًا، وهذا لأن القدرة على تسليم المسلم فيه شرط لصحة العقد فإذا فُقِدَ لم يصح.

ودليل الوصف أن المسلم فيه في الحال معدوم فلا قدرة على تسليمه قطعًا فلو صح العقد لصح باعتبار القدرة على تسليمه عند المحل ولا تعلم القدرة على التسليم عند المحل؛ لأن القدرة لو كانت إنما تكون بإحدى




شيئين: بوجوده في أيدي الناس، وحياته عند المحل ليحكم له بالقدرة، ويجوز أن تدوم حياته فيحكم له بالقدرة، ويجوز أن يموت فلا يحكم له بالقدرة فلا يجوز إثبات القدرة بالاحتمال؛ لأن المحتمل لا يكون حجة في إثبات شيء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الظاهر حياته فالظاهر قدرته وذلك لأنا لا نسلم أن الظاهر حياته لكن لا بدليلٍ يدل عليها فإن حياة اليوم لا تكون دليلًا على حياته في الغد لكن صار الظاهر حياته عند المحل بحكم استصحاب الحال، واستصحاب الحال[1] حجة الحال، فإنه حجة في إبقاء ما كان على ما كان وليس بحجة في إثبات أمرٍ لم يكن[2].

والمعنى فيه:

أن الثابت مستدام ثبوته ولا يقطع إلّا بدليل يقوم على قطعه وغير الثابت مستدام عدم ثبوته إلّا أن يقوم الدليل على إثباته فكما أن الثابت لا يقطع ثبوته بالاحتمال؛ فغير ثابت لا يثبت بالاحتمال.

قالوا: ولهذا نقول: إن المفقود لا يورث؛ لأن حياته مستصحبة ولا يرث أيضًا؛ لأنه يجوز موته وإن كانت الحياة مستصحبة، فالملك الثابت له لم يقطع بالاحتمال وغير الثابت لم يثبت بالاحتمال، كذلك ههنا القدرة غير

---

(١) استصحاب الحال: هو التمسك بالحكم الذي كان ثابتًا إلى أن يقوم الدليل المزيل. ينظر: أصول السرخسي ٢/٢٢٥.

(٢) مثال ذلك: مسألة المفقود: أن الحياة المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة في إبقاء ملكه في ماله على ما كان ولا يكون حجه في إثبات الملك له ابتداًء في مال قريبه إذا مات» ا.هـ ينظر: أصول السرخسي ٢/٢٢٥.



ثابتة فلا تثبت مع الاحتمال هذا حرفهم.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه إذا كان موجودًا عند العقد في ملك الناس غير موجودٍ في ملكه فالقدرة غير ثابتة إلّا بالاحتمال؛ لأنه يجوز أن يصل إليه، ويجوز أن لا يصل إليه؛ لأن القدرة على تسليم الديون لا تكون إلّا بهذا القدر وهو وجود أمثاله في أيدي الناس، وعلى أن في تلك الصورة إنما جوزنا ضرورة؛ لأنا لو لم نجوّز لم يجز أصلًا ولا ضرورة في الإسلام في المعدوم.

فإن قلتم فيه ضرورة الدَهَاقِين[1] وعامة الحراثين والأكّارين[2] ليقبلوا السَّلم في الحال في أشياء يرجون وجودها وحصولها لهم من بعد، فهذا ليس بشيء، فإنه لا ضرورة فإنهم يمكنهم أن يقبلوا السلم في الموجود في الحال، ثم إذا حصل لهم ما يرجون وجوده صرفوه إلى الأشياء التي قبلوا السَّلم فيها؛ من غير حرجٍ ومشقةٍ؛ لأن هذا التصرف وتحصيل المسلم فيه بهذا الوجه متيسر على الناس، هذا طريقهم المعتمد.

وقد قال مشايخهم في هذه المسألة:

إن السَّلم عقد يجب تنزيهه عن الغرر الموهوم كما يجب تنزيهه عن الغرر المحقق؛ بدليل أنه لا يجوز السَّلم في مكيلٍ وموزونٍ بشرط أن يكيل بمكيال رجل معين يخالف مكاييل الناس، وكذا الميزان وليس عدم الجواز إلّا لتوهم هلاكه فلا يدري ما يسلم، فوجب تنزيه العقد عن هذا الموهوم،

---

(١) الدَهَاقِين: جمع دهقان: معرب يطلق على رئيس القرية، وعلى التاجر وعلى من له مال. ينظر: المصباح المنير مادة (الدُّهقان).

(٢) الأكّارين: جمع أكّار وهو الزارع والحراث. ينظر: لسان العرب مادة (أكر).

وما عُدّ غررًا إذا أسلم في حنطة من مزرعة بعينها أو في رطبٍ من نخيل بأعيانها وليس ذلك إلّا توهم هلاك زرع تلك المزرعة أو رطب تلك النخيل، وقد دل على هذا الأصل قوله - ﷺ - [١١٥/أ] في السَّلم «أرأيت لو منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟»(١) فقد نص - صلى الله عليه - على اعتبار الموهوم؛ وهذا لأن السَّلم عقد غرر فالشرع أوجب فيه الاحتراز عن الغرر والموهوم إذا أمكن حتى لا يكثر الغرر، وإذا ثبت هذا الأصل فالموهوم في مسألتنا هلاك المسلم إليه قبل المحل وتوجه المطالبة والمسلم فيه منعدم في العالم والاحتراز عن هذا ممكن بأن يسلم في موجودٍ فوجب الاحتراز.

وربما يقولون في العقد: لابد له من محلٍ وقد عدم المحل في مسألتنا فلم ينعقد.

قالوا: وكذا إذا أسلم في غير المنقطع إلّا أن هناك جوّزنا للحاجة.

۞ الجواب:

أما الطريقة الأولى فقد بينا وجود القدرة عند المطالبة والاعتبار بذلك؛ لأن التسليم يجب بشرط المتعاقدين فينظر: إلى زمان الشرط، ويقال: العقود مشارطات شرعية فينظر: على الشروط وزمانها.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٣٩٨/٤ مع الفتح، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
ومسلم في صحيحه: ٢١٧/١٠ مع النووي، باب وضع الحائج.
والنسائي في سننه: ٢٣٢/٧، باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
والإمام مالك في الموطأ: ٢٢١/٤، مع المنتقى، باب المنتقى، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.




فأما قولهم: «إن القدرة في الحال غير ثابتة فلا تثبت بالاحتمال وهذا حرف الطريقة».

۞ والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الظاهر حياته، والظاهر حجة في أحكام الشرع؛ وهذا لأن الغالب في الناس أن حياتهم تفي بآجالهم وآجالهم لا تفضل عن أعمارهم فَمَنْ نظر في معاملات الناس عرف هذا الغالب الذي ادّعيناه، والذي يقولون من انقطاع حبل العمر نادر، والنادر لا يعارض الغالب، ولو ثبت الاحتمال الذي ادّعوه لثبت بمعارضة الموت الحياة في المستقبل بأن يقول القائل: كما يجوز أن يعيش غدًا يجوز أن يموت، إلّا أن المعارضة سقطت بالوجه الذي بيّنا، وإذا سقط المعارِض صار الاحتمال معرضا عنه؛ لأن الراجح مسقط اعتبار المرجوح.

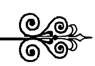
جواب آخر معتمد:

وهو أنه قام دليل الحياة عند المحل شرعًا.

وبيان هذا أن بالإجماع[1] جاز التأجيل إلى شهر وشهرين وسنة وسنتين، وإنما جاز بناءً على وجود الحياة عند المحل؛ لأنه أجّل إلى مدة ليطالب عندها وقد جاز شرعًا وإنما تتصور المطالبة بموافقة الحياة، فدل أنه إنما جاز التأجيل إلى المدة المضروبة بتقدير حياته؛ ولهذا لو ضرب أجلًا نعلم أن الحياة لا توافقه لا يجوز؛ لأنه لم يوجد ما ينبني عليه الجواز، وإذا قام دليل الحياة من الشرع ثبتت القدرة شرعًا وسقط الاحتمال الذي قالوه، وهذا جواب

---

(١) ينظر: المغني ٦/٤٠٣.

يصطلم الطريقة ويأتي عليها بحيث لا يبقى للخصم معه متنفس.

وأما طريقة مشايخهم:

فليس بشيء؛ لأن الموهوم غير معتبر في إبطال العقود؛ وهذا لأن المحل المتحقق بالعقد قد وجدت القدرة على التسليم فيه والموهوم لا يعارض المتحقق فلو بطل العقود لبطل باعتبار محل موهوم فإذا لم يعارض الموهوم المتحقق سقط اعتباره ولا يبطل العقد المتحقق بقدرة متحققة في محل متحققٍ بموهومٍ لا يعارضه، ولأنه ما من عقدٍ إلّا ويتوهم عليه طُرَآن عارضٍ يبطله من إباقٍ في مبيعٍ، أو هلاك عبدٍ، أو تخمّر عصيرٍ، أو طُرَآن ردّةٍ أو محرمية على النكاح، وكان المعنى في الإعراض عن هذه العوارض عدمها في الحال ثم إذا وجد في العقد يبتنى عليه ما يقتضيه ويليق به من إثبات خيارٍ أو إفسادِ عقد أو غير ذلك.

وقولهم: «إن السلم تنزه عن الغرر الموهوم بخلاف بيع العين».

دعوى لا دليل عليه ولو قيل على العكس إن السلم أقبل للغرر فهو أحسن مما قالوه وأوفق للأصول.

وقال بعض أصحابنا:

لو اعتبر الموهوم ويجوز أن يموت إلى شهرٍ أو إلى شهرين يصير كأنه ضرب الأجل إلى شهر أو إلى شهرين، وهو[1] يقولون على هذا الأجل إلى شهرٍ أو شهرين إنما لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى منازعة بين المتعاقدين،

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (هم).

وفي الصورة التي ألزمتم لا يؤدي إلى المنازعة وما قدمنا من الجوابين كافٍ[1].

وأما مسألة الضمان: وهو أن السلم بوزن رجل بعينه فإنما يبطل السلم لجهالة قدر المسلم فيه؛ لأن الشرع واجب أوجب السلم بكيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ، وهذا العلم إما أن يرجع إلى المعتاد بين الناس أو إلى المكيال الشرعي الذي اعتبر في أحكام الشرع ولم يوجد واحد منهما ففات العلم بالمسلم فيه فبطل العقد لهذا، ونقول لا يجوز مثل هذا في بيع العين وذلك إذا اشترى مُكايلة أو مُوازنة بمثل هذا المكيال والميزان لما بيّنا.

وأما المسألة الثانية: فإنما أبطلنا السلم هناك [١١٥/ب] بالنص وهو حديث زيد بن سُعنة[2] أن النبي ـ صلى الله عليه وعلى آله وسلم ـ قال: «أما في محلة بعينها فلا...»[3] وعلى أن هناك القدرة على التسليم عند المحل لا توجد؛ لأن القدرة على التسليم إنما تكون بأن يكون المسلم فيه عام الوجود على ما عرف في المذهب في تلك الصورة لا يكون عام الوجود.

---

(١) في المخطوط: كافي.

(٢) زيد بن سُعنة الحبر الإسرائيلي ـ اختلف في سعنه فقيل بالنون وقيل بالتحتانية، قال ابن عبد البر: بالنون أكثر، روى قصة إسلامه الطبراني وغيره، توفي في غزوة تبوك مقبلًا إلى المدينة. الإصابة: ٥٤٨/١، الاستيعاب مع الإصابة: ٥٤٣/١.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى البيهقي معناه فقال:... قال: عبد الله بن سلام إن الله لما أراد هدى زيد بن سعنة... فذكر الحديث... إلى أن قال: فقال زيد بن سعنة: يا محمد هل لك أن تبيعني تمرًا معلومًا إلى أجل معلوم من حائط بني فلان قال لا يا يهودي، ولكني أبيعك تمرًا معلومًا إلى كذا وكذا من الأجل ولا أسمي من حائط بني فلان فقلت: نعم...» اهـ. ٢٤/٦.

ورواه الحاكم في قصة إسلام زيد بن سعنة مطولًا. المستدرك: ٦٠٤/٣.




وأما قوله ﷺ: (أرأيت لو منع الله الثمرة)[1].

قلنا: هذه الكلمة إنما وردت في بيع الثمار قبل بدو الثمار والصلاح لا في السلم.

وقولهم: «إن المحل مفقود في هذا العقد».

قلنا: لا، بل موجود مثل ما يوجد إذا كان السلم في غير منقطع؛ وهذا لأن السلم عقد على دين فلا يستدعى إلّا وجود ذمة صحيحة قابلة للوجوب. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

السلم الحال عندنا جائز[2].

وعندهم: باطل[3].

❖ **لنا:**

أن السلم مؤجلًا يجوز فيكون حالًّا أجوز.

---

(١) سبق تخريجه في ص٢٦٣.

(٢) المهذب: ١/٣٩٣، النكت: ورقة ١٤٦/أ، الروضة: ٤/٧، الأم: ٣/٨٥، المنهاج مع شرحه المغني: ٢/١٠٥، معالم السنن: ٣/٧٤٣، شرح صحيح مسلم للنووي: ١١/٤١، الحاوي: ٥/٣٩٥.

(٣) الأسرار: ٢/١١٢/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ٨٦، مختصر القدوري: ١/٢٨١، الهداية مع شرحها: فتح القدير: ٧/٨٦ رؤوس المسائل: ٣٩٨، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: الإشراف ١/٢٨٠، المغني ٦/٤٠٢.

فإن قالوا: لِمَ؟

قلنا: لأن المؤجل يتغير عما يقتضيه العقد، والحال مُوفَّر مقرر عليه ما يقتضيه العقد فإذا جاز مغيرًا عما يقتضيه العقد فلأن يجوز مقررًا عليه ما يقتضيه العقد أولى.

وبيان هذا: أن استحقاق العوض ملكًا ومطالبةً مقتضى العقد، أما الملك فلا إشكال فيه، وأما المطالبة فلأن مَنْ ملك شيئًا بعقد يملك أن يطالب به خصوصًا إذا كان قد أعطى عوضه والأجل مُغير مقتضى العقد؛ لأنه يؤخر المطالبة بعد تحقق سبب المطالبة، فثبت أن الأجل داخل على العقود ليغير مقتضاها، ولهذا المعنى لا تقبله بعض العقود ولو كان يوافق مقتضى العقد لم يتصور أن لا يقبله عقد، وإذا ثبت أنه مغير مقتضى العقد ثبت الأصل الذي ادّعيناه أنه إذا جاز مؤجلًا فحالًّا أجوز وإنما اخترنا هذا الدليل؛ لأنه قول صاحب المذهب[1] فكان التعلق به أولى، وأيضًا فإن الحالّ أبعد غررًا من المؤجل؛ لأن الأجل في نفسه غرر كالخيار غرر، ولأنه بالأجل يتأخر موجب العقد، ولا يُدرى أنه هل يتصل به مُوجَبه أم لا؟ فإن اتصل لا يُدرى أنه هل يقدر عليه أو لا؟

فثبت الغرر في الأجل من هذا الوجه وصح ما ادّعيناه.

وقد قال بعض أصحابنا محتجًا في هذه المسألة: إن السَّلم يجوز أن يبقى حالًّا فيجوز أن يثبت حالًّا، وصوروا فيما إذا مات المسلم إليه عقيب العقد بقي العقد صحيحًا، وكذلك إذا اتفق العاقدان على إسقاط الأجل.

---

(١) يعني بذلك الشافعي فقد نص على ذلك في الأم: ٣/٨٥.




يبينه: أن الباقي هو المنعقد فإذا بقي حالًّا في هذه الصورة فلينعقد كذلك؛ وهذا لضعفٍ لأنهم يقولون سقوط الأجل بعارضٍ يسقطه لا يدل على أنه ليس بشرط؛ لأن الشروط قد تسقط بالعوارض، وهذا كالأجل في السَّلم في المعدوم فإنه يسقط بعارض موت المسلم إليه ولم يدل على أنه ليس بشرط؛ وهذا لأن السَّلم قديم بشروطه، والشروط إنما تعتبر عند العقود لا بعد العقود ثم إذا سقط لعارضٍ يثبت له حكمه على ما يقتضيه، فلا جَرَمَ نقول يثبت لرب السلم حق الفسخ إن لم يصل إلى المسلم فيه.

وحرف الاعتراض: أن الأجل مشروط عندنا لأجل الانعقاد لا لأجل البقاء، فالاعتماد على الأول.

❁ وأما حجتهم:

تعلقوا أولًا بقوله ـ عليه السلام ـ: (مَنْ أسلم فليسلم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ...)[1].

والمراد مَنْ أراد أن يسلم فليسلم هكذا، فهو مثل قوله: مَنْ دخل داري

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٤٢٩، مع الفتح، باب السلم في وزن معلوم، من كتاب السلم.
ومسلم في صحيحه: ١١/٤١، مع النووي، باب السلم، من كتاب المساقاة.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٤٢، مع المعالم، باب في السلف، من كتاب البيوع.
والترمذي في سننه: ٦/٤٨، مع العارضة، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر، من أبواب البيوع.
والنسائي في سننه: ٧/٢٥٥، باب السلف في الثمار، من كتاب البيوع.
وابن ماجة في سننه: ٢/٧٦٥، باب السلف في كيل معلوم، من كتاب التجارات والإمام أحمد في المسند: ١/٢٢٢.
واللفظ عندهم (من أسلف في شيء).

فليغض بصره، ومَنْ كلمني فليكلم بصواب، فاقتضى ظاهر هذا الخطاب المنع من السَّلم إلّا على هذا الوجه كما اقتضى ما ذكرنا المنع من الدخول إلّا غاضّ البصر والمنع من الكلام إلّا بصواب.

ومن حيث المعنى قالوا:

أسلم فيما لا يقدر المسلم إليه على تسليمه فلا يجوز، كما لو أسلم في منقطع حالًا، وإنما قلنا ذلك لأن القياس الصحيح يقتضي أن لا يصح السلم أصلًا؛ لأن المبيع فيه هو المسلم فيه، والأصل أن المبيع لا يكون مبيعًا إلّا بعد أن يكون عينًا مملوكةً مقدورًا على تسليمها؛ وهذا لأن العقد في المبيع يوجب نقل الملك فيه إلى صاحبه ونقل الملك لا يصح إلّا في عين مملوكة ثم القدرة على تسليمها شرط؛ لأن الوصول إلى المبيع مقصوده ولا وصول إلّا بالقدرة.

وإذا ثبت هذا الأصل نقول: «لم يوجد في السَّلم ما يصلح أن يكون مبيعًا؛ لأنه لا عين ولا ملك إلّا أن الشرع جوّزه رخصة، وذلك لما روي عن النبي ـ صلى الله عليه ـ أنّه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السَّلم...»(١).

وَحَدُّ الرخصة هو: إطلاق [١١٦/أ] مع بقاء الحاظر لعذر مثل الرخصة في أكل الميتة عند الضرورة، ورخصة إجراء كلمة الكفر على لسانه، فالحاظر ههنا عدم المبيع، والعذر وجود الحاجة إلى هذا العقد للفقراء والمحاويج، فإن الإنسان محتاج إلى ما ينفقه على نفسه وليس عند شيء يفضل عن حاجته

---

(١) سبق تخريجه في ص١٠٠.




لبيعه، ويرجو وجود مال من إدراك ثمرة له أو استحصاد زرع أو قدوم مال غائب، فيقبل السَّلم فيما تأمل وجوده أو في شيءٍ آخر، فيأخذ رأس المال في الحال فينفقه، فهذا العذر سبب الرخصة، والرخص تتبع الأعذار والحاجات، ومن هذا يقال السَّلم: عقد المفاليس والمحاويج[1] فصار السَّلم في الحقيقة قبول عقد فيما لا يقدر على تسليمه فجوّز رخصة، ثم القدرة على تسليم المبيع شرط ليصح العقد، وفي الحال لا قدرة لما ذكرنا فجعل الشرع الأجل شرطًا ليقدر به على التسليم، فإن القدرة بالوجود، والوجود للمُعدِمِين بالتكسب والتحصيل ولابد له من زمانٍ ومدةٍ، وذلك من الأجل فصار الأجل ليقدر به على تسليم المسلم فيه فصار حتمًا لازمًا ولم يجز تركه بحال وهو مثل الأجل في الكتابة عندكم فإنه لما كان ليقدر به على تسليم بدل الكتابة كان حتمًا عندكم.

أما عندنا: إنما تصح الكتابة حالة؛ لأن العجز هناك في عوض الكتابة، وعوض الكتابة بمنزلة الثمن في المبيع ولا يعتبر وجود القدرة على تسليم الثمن ليصح البيع عندنا، وهذا يأتي في مسألة الإفلاس بالثمن.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن السَّلم من الغنى حالًا لا يجوز عندكم أيضًا، وإن كان قادرًا على التسليم وذلك لأنا دللنا على أن السلم عقد رخص فيه لأجل الحاجة، والحاجة أمر باطن لا يوقف عليها فأعرض عنها وأُدير الحكم على سبب ظاهر وهو الإقدام على السَّلم مثل قصر السفر مع اعتبار المشقة على ما عرف.

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ٣/٣٧٩.



وهذا لأن السَّلم عقد بأوكس الثمنين فإن الإنسان إذا كان عنده عين يبيعها بأوفر الثمنين وإذا قبل السَّلم بشيء في ذمته يقبل بأوكس الثمنين، والعاقل لا يترك البيع بأوفر الثمنين ويعدل إلى الأوكس إلّا للحاجة فصار الإقدام دليل الحاجة وإن اتفق أن يكون عنده من جنس ما قبل المسلم فيه فالظاهر أنه مشغول بحاجته حيث لم يبعها عينًا وَعَدَلَ إلى السَّلم، والمشغول بالحاجة كالمعدوم بدليل الماء للعطشان في السفر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه قادر على أداء المسلم فيه بما حصل عنده من رأس المال؛ لأن رأس المال إنما أخذه للحاجة إليه على ما سبق فيكون مشغولًا بحاجته فلا تتحقق به القدرة.

يبينه: إنه كيف يجوز المسلم حالًا ويطالب في الحال فيحتاج إلى أن يصرف ما أخذه لحاجته إلى هذا، وزيادة شيء يضع عليه فيؤدي إلى أن يصير الحلول سببًا إلى إبطال ما جُوّز العقدُ في الشرع لأجله، وهذا محال.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن معنى الرخصة المذكورة في الخبر هو أن يبيع ما ليس بحاضرٍ عنده من ذمته حتى إذا وصل إليه يسلمه وقد كان لا يجوز في الشرع لعدم رؤيته فرخص في بيعه في ذمته وإن كان غائبًا عنه حتى إذا وصل إليه سَلّمه.

قالوا: وهذا فاسد من وجوه:

أحدها: إن النبي صلى الله عليه نهى؛ لأنه باع ما ليس عنده، وفي الصورة التي قلتموها ليس الفساد للغَيبة ولا الجواز للحضور فإنه لو باع عينًا

غائبةً وقد كان رآها من قبل يجوز، ولو باع عينًا حاضرةً غير أنها في كُمّه أو في كفه لا يجوز، فدار الجواز والفساد على الرؤية وعدم الرؤية لا على الغَيبة والحضور.

والثاني: إن الشرط الذي يسقط اعتباره في السَّلم جائز دونه رخصة عدم العينية والملك جميعًا؛ لأن الذي باعه في الذمة ليس بعينٍ ولا بملكٍ فإنه لا يملك شيئًا في ذمة نفسه حتى يبيعه، ألا ترى أنه متى مَلَكَ سَقَطَ، فثبت أن العذر المجوّز عدم العينية والملك، لا عدم الحضور أو الرؤية؛ لأنهما لا يُعدمانِ الملك فلا ينبغي أن يسقط اعتباره وينبغي أن لا يجوز بيعه قبل الملك سَلَمًا؛ لأنه إذا كان المجوّز عدم الغَيبة والغَيبة لا بعدم الملك فلا ينبغي الجواز إلّا بعد وجود مثل ملك الموصوف في ملكه؛ لأن العذر ارتفع بجواز بيعه من ذمته فينبغي أن يبقى شرط قيام الملك كما كان شرطًا في بيع العين مع العين.

والثالث: وهو [١١٦/ب] أن الرخصة تكون بعذر، والعذر هو العجز في مسألتنا، ولا عجز عن الإحضار في تلك الصورة والانتظار ممكن، وأيُّ فوق بين أن ينتظر شرط الإحضار قبل العقد أو بعده فلابد منه، فثبت أن هذا التأويل باطل، وأن الخبر متناول للصورة التي قدمناها لا غير.

قالوا: ولهذا سُمّى العقد سلمًا؛ لأن الأجل من شرط البيع في الأصل لما كان أن يكون بعد ملك المبيع وهذا بيع قبل الملك، وكان استعجالًا للبيع عن حينه.

والسلم في اللغة والسلف واحد، كالسلف من الناس وهم الذين تعجلوا

إلى الله تعالى فالاستسلاف والاستعجال في اللغة واحد، والعقود التي خُصِت بأسماء إنما خُصِت بها لدلالتها على معانيها كالنكاح سُمّي به لما فيه من الازدواج، والضَّم، والصَّرف لما فيه من ترادّ الأبدال في المجلس، كذلك ههنا سمي العقد سلمًا لما فيه من استعجاله عن حينه وزمانه الذي هو شرط له في الأصل، فثبت الأصل الذي قدمنا وتبين أن الأجل دخل عليه ليقدر به على التسليم فلم يجز إخلاء العقد عنه هذا معتمدهم في المسألة.

وقد ذكر مشايخهم: أن السلم لما اختص بالدَّين مع قبول العين للتمليك مثل الدَّين ومع أن العين أبعد من الغرر فلابد أن يكون لمعنىً وليس كذلك إلّا وجوب الأجل، فإنه لما لم يخل عن الأجل لم يخل عن الدَّين الذي هو محل الأجل.

۞ **الجواب:**

أما الخبر.

قلنا: هو وارد لبيان إيجاب الإعلام، ألا ترى أنه ليس فيه استيفاء جمع[1] شرائط السَّلم.

ويدل عليه: أنه يجوز السَّلم في غير المكيل والموزون، ولو كان على ما قلتم لم يجز في غيرهما فالإعلام لا يكون إلّا بعد وجود الأجل فلا جرم.

قلنا: إذا ذكر الأجل فلابد من إعلامه.

فأما المعنى الذي قالوه.

---

(١) كذا في المخطوط ولعله: جميع.

قلنا: لا نسلم لهم ما ادّعوه من العجز؛ لأنه إن كان غنيًا فهو قادر وإن كان فقيرًا فهو قادر على تحصيل المسلم فيه بما حصل في يده من رأس المال، والأولى أن نقول: العجز أمر باطن فيدار على السبب الظاهر فنقول: إقدامه على السلم الحال مع أهلية الملك دليل القدرة.

وأما قولهم: «إن الأصل أن لا يجوز السَّلم».

قلنا: بل الأصل جوازه في الموضع الذي نصوره من بعد.

وقوله: «إن المبيع لابد أن يكون عينًا مملوكة».

قلنا: إذا باع عينًا، فأما إذا باع دينًا وجب ابتداءً في ذمته فلا، وهذا كالثمن إذا اشترى شيئًا بثمن في ذمته فإنه يجوز على الأصل لا معدولًا به عن الأصل خصوصًا على أصلكم على ما عرف في مسألة تعيين الدراهم؛ وهذا لأن الأموال ضربان: أعيان وديون، والعقود قسمان: بيع وسلم، وأحدهما على العين، والآخر على الدَّين، فكما يجوز بيع العين المملوكة على الأصل يجوز بيع الدَّين من الذمة على الأصل.

وأما القدرة على التسليم فهو شرط فيهما لكن على حسب ما يليق به ففي بيع العين إنما توجد القدرة على تسليمه المبيع بوجود العين في ملكه وفي الدَّين توجد القدرة على التسليم بوجود أمثاله في أيدي الناس وتصور وصوله إليه بأهلية التملك؛ وهذا لأن المبيع دين فلا معنى لاعتبار وجود شيء في ملكه؛ لأن الدّين واحد مَلَكَ شيئًا أو لم يملك فاعتبر لحصول القدرة على التسليم وجود أمثاله في أيدي الناس أعني وجود أمثال الموصوف وتصور



وصوله إليه.

وهذا لأن القدرة لما كانت بالمثل فسواء وجد في ملكه أو في أيدي الناس فالمثليّة واحدة، ولا معنى لاعتبار ملكه أصلًا والوصول إليه ليسلمه بعد إن وجد في نفسه لا يكون فيه كثير اختلاف فسواء كان في ملكه فيصل إليه فيسلمه أو في ملك غيره فَيُحصّله فيسلمه فتتحقق القدرة في الموضعين.

وقولهم: «إنه لابد من زمانٍ ليحصله».

قلنا: هذا الكلام بناء لهم على أن السَّلم عقد الفقراء، وإذا كان مُعدِمًا فقيرًا فلابد من زمان التكسب، ونحن إذا لم نوافقهم على هذا الأصل على ما سبق بيانه أُعرض عن فقره وغناه واعتبر الوجود وتصور السبب منه للوصول وزمان مباشرة السبب ليحصّله مثل زمان إحضاره ليسلمه ولا يعتبر ذلك، كذلك ههنا.

بقى لهم التعلق بالخبر وهو: أن الشرع سَمّى السلم رخصة.

قلنا: لا نعرف صحة الخبر على ما ادّعوا ونقلوا، وعلى أنه وإن نُقِلَ فليس من شرط كون الشيء رخصة وجود العجز بدليل المسح على الخفين؛ وهذا لأن الشيء يسمى رخصة إذا أطلق لنوع تيسيرٍ [١١٧/أ] وتسهيلٍ على العباد، وقد يعسر الإحضار وإن كان في ملكه ويخاف فوت المشتري فجوّز له السَّلم وسمى رخصة؛ لأنه مشروع لدفع مشقة وعسر، وهذا الجواب ضعيف؛ لأنه بناء على أن معنى الخبر هو بيع غير المرئي[١] وقبول السَّلم في

---

(١) في المخطوط: المرائي.

الغائب عن مجلس العقد.

وقد ذكرنا اعتراضهم عليه فوجب الجواب المعتمد: هو أن الخبر وإن وَرَدَ على ما قلتم لكن النظر في المعاني لا يترك والأحكام مستخرجة من قواعد الشرع المؤسسة وقوانينه المقننة فنقول:

وجدنا البيع تمليك عين مملوكة والسلم تمليك موصوف في الذمة بإيجابه ابتداءً، والكل صحيح لقيام الدليل عليه، والقدرة مشروطة على اللائق بكل واحد منهما وقد سبق هذا كله.

وإذا ورد لفظ الشرع فيطلب له وجه صحة ولا يترك هذا الأصل فنقول:

«لفظ الرخصة محمول على السلم في المعدوم؛ لأنا بيّنا أن القدرة على التسليم بوجود مثله في أيدي الناس فإذا لم يوجد فلا قدرة فينبغي ألّا يجوز، فالشرع جوّز رخصة لوجود نوع حاجة إليه وضرب تسهيل وتوسيع وسُمّي رخصة؛ لأن الحاضر قائم وهو العجز عن التسليم لفقد المثل وصار الأجل من شرطه ليقدر به على التسليم.

فأما فيما سوى هذه الصورة من عقود السَّلم فجائز على الأصل ولا نسميه رخصة، وهذا هو الأولى؛ لأن العجز الذي أرادوا تحقيقه لا يمكن بحيلةٍ ما، فإنه كيف ما صوّروا توهم القدرة لا ترتفع ومع توهم القدرة لا يتحقق العجز، وهذا حرف في نهاية الاعتماد، ولا يبقى لهم على هذا كلام.

وأما في الصورة التي ذكرناها فقد تحقق العجز فاستقام معنى الخبر.

وقولهم: «إنه بيع بأوكس الثمنين».



قلنا: هذا إذا قبل مؤجلًا، وأما إذا قبل حالًا فيبيع بالثمن الوافر مثل: ما إذا باع عينًا.

وأما طريقة مشايخهم:

فليست بشيء، ويقال لهم: من أين قلتم لما اختص بالدَّين كان بحتمية الأجل ووجوبه؟

ويدل عليه: الأثمان على أصولهم، فإنها اختصت بالديون والأجل ليس بشرط، ثم حقيقة الجواب:

إن السَّلم بيع دين فإذا أسلم في عين فَلِمَ يعقد السَّلم؟ فلا ينعقد السلم؛ لأن بيع العين غير، وبيع الدَّين غير، ونقول:

إذا اعتبر المعاني في العقود لا صور الألفاظ إذا أسلم في عين وأشار إليها يجوز بيعًا فليس لما قالوه معنى، ويمكن أن يقال إنما اختص بالدين ليقبل الأجل، وما قالوه كان طلب فائدة، وهذه فائدة.

وقد قال بعضهم: لما شرط قبض رأس المال وهو أقصى مراتب الأعيان فيشترط تأجيل المسلم فيه ليكون على أقصى مراتب الديون، وهذا باطل، وكيف يصح طلب هذه المقابلة، وبالإجماع رأس المال يصلح عينًا إلى أن يحضره ويسلم، وعلى أن قبض رأس المال شرط للفظ السلم وهو يقتضيه، وليس في لفظه ما يقتضى تأجيل المسلم فيه فترك على الأصل والأصل في الديون الحلول، والأجل بعارض شرط. والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

السلم في الحيوان عندنا صحيح[1].

وعندهم: باطل[2].

✥ لنا:

حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ: «جهز جيشًا فعزّت[3] الإبل فأمرني أن اشترى بعيرًا ببعيرين إلى أجل...»[4].

وهذا نص، وليس لهم تأويل إلّا الحمل على النسخ فلا يجوز إلّا بدليل قاطع.

وروى مثل مذهبنا عن علي[5] ....

(١) الأم: ٣/١٠٣، المهذب: ١/٣٩٣، الروضة: ٤/١٨، المنهاج: ٢/١١٠، النكت: ورقة ١٤٦/ب، معالم السنن: ٣/٦٥٣، الحاوي: ٥/٣٩٩، وهو قول المالكية وظاهر المذهب عند الحنابلة. الإشراف ١/٢٨١، المغني ٦/٣٨٨.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٦، مختصر القدوري: ١/٢٨٠، المبسوط: ١٢/١٣١، الأسرار: ٢/١١٢/أ (مراد ملا) البدائع: ٧/٣١٦٦، رؤوس المسائل: ٢٩٩، وهو رواية عند الحنابلة ينظر: المغني ٦/٣٨٨.

(٣) فَعَزّت: أي قَلّتْ فلا تكاد توجد فهي عزيزة.
ينظر: القاموس المحيط مادة (عَزّ).

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٣/٦٥٢، ٦٥٣، باب في الرخصة في الحيوان بالحيوان نسيئة،
والدارقطني في سننه: ٣/٧٠.
وأحمد في مسنده: ٢/١٧١، ٢١٦.
والحاكم في المستدرك: ٢/٥٧ وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».
والبيهقي في سننه: ٥/٢٨٧، ٢٨٨ باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه.

(٥) ذكر ذلك في الأم: ٣/١٠٣، النكت: ورقة ١٤٧/أ.




وابن عباس[1] وابن عمر[2] رضي الله عنهم.

وقد روى أن النبي صلى الله عليه «نهى عن السلف في الحيوان...»[3].

ورووا أن النبي صلى الله عليه: (نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئًا...)[4].

والأول: لا يثبت[5]، ولو ثبت لقلنا به.

وقيل: إنه رواية عبد الملك[6] الذماري[7] ولا يعرف، وقد حُمِلَ على السلم في حَبَل الحَبَلة[8] وقد كانوا يعتادون ذلك.

---

(١) ذكر ذلك في الأم: ٣/١٠٣، النكت: ورقة ١٤٧/أ.

(٢) المصدرين السابقين.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٧١، والحاكم في المستدرك: ٢/٥٧، وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وفي إسناده «إسحاق بن إبراهيم بن جوتي» قال فيه ابن حبان: «منكر الحديث جدًا يأتي عن الثقات بالموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب...» ا. هـ. المجروحين: ١/١٣٧، ١٣٨.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٧١، وأبو داود في سننه: ٣/٦٥٢ مع المعالم، باب بيع الحيوان بالحيوان نيسئة، وابن ماجة في سننه: ٢/٧٦٢، باب الحيوان بالحيوان نسيئة، والنسائي في سننه: ٧/٢٥٧، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، والدارمي في سننه: ٢/٢٠٤، باب في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان، والترمذي في سننه: ٥/٢٤٦ مع العارضة، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقال: «هذا حديث حسن صحيح».

(٥) ينظر: حاشية (٤).

(٦) عبد الملك بن عبد الرحمن الذماري الأنباري صدوق وكان يصحف، روى له أبو داود والنسائي، ينظر: التقريب: ٢١٩.

(٧) في المخطوط (النهاوندي) والتصويب من سنن الدارقطني والمستدرك للحاكم.

(٨) في حاشية المخطوط (حبل الحبلة) نتاج النتاج.

والخبر الثاني: حُمِلَ على النسأ من الجانبين[1].

والجملة أن الأخبار وأقوال الصحابة فيها تتعارض فنصير إلى القياس فنقول: أسلم في مضبوطٍ وصفه مقدور على تسليمه أو مبيع معلوم مقدور على تسليمه فيجوز كما لو باع عينًا، والتعليل لما إذا باع دينًا، لا خلاف في هذه الجملة أنها إذا وجدت صح السَّلم.

وإنما الكلام في إثباته فنقول: المعتبر في إعلام المسلم فيه هو الأوصاف الظاهرة التي يتيسر معها التسليم لاتساع وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف، وأما الأوصاف الباطنة في الحيوان، وما سبق ذكره، ونفي الحرج في [١١٧/ب] اعتباره فساقط وإنما أسقطنا ذلك؛ لأن الأوصاف الباطنة في الحيوان لا يوقف عليها بالنظر والعيان فضلًا عن الوصف ومع ذلك يجوز بيع الحيوان عينًا، وما يسقط في بيع العين فهو ساقط في بيع الدَّين؛ ولأن المقصود من ذكر الأوصاف وجود سهولة التسليم فيما يؤدي اعتباره وذكره إلى الحرج يسقط ولم يعتبر؛ لأن الله تعالى أسقط الحرج في العبادات فكيف في المعاملات؟

والدليل على هذا الأصل الذي ادعيناه صحة السلم في الثياب فإن دقائق صفاتها خصوصًا في الديباج المنقشة لا يأتي عليها الذكر، ولهذا المعنى عُدّ من ذوات القيم في الإتلاف ولم يعد من المثليات ولكن اعتبر الصفات الظاهرة التي بذكرها يسهل وجود المسلم فيه ويتيسر تسليمه وما كان اعتباره يؤدي إلى الحرج فإنه يسقط، كذلك ههنا.

---

(١) قاله الخطابي في المعالم: ٦٥٣/٣.



وإذا تمهدت هذه القاعدة فنقول:

الحيوان له صفات ولتلك الصفات أسامٍ في فنون اللغات وهي أسامٍ معلومة دالة على معاني مفهومة فإذا ذكرت تلك الأسامي فهمت تلك الصفات والمعانِ، فصار الموصوف متيسر الوجود وأمكن فيه التسليم فالتحق بالعين القائمة الموجودة في أمر جواز العقد عليه وتعيّن صورة ليصير ما أجملناه مفهومًا فنقول:

الحيوان مشتمل على أجناس فإذا ذكر البعير صار معلوم الجنس، ثم هو مشتمل على أنواع فإذا قال: بختي، صار معلوم النوع، ثم هو يشتمل على أسنان فإذا قال: حقة أو بنت مخاض صار معلوم السِّن، ثم هو مشتمل على ألوان فإذا قال: أحمر أو أسود أو أورق، صار معلوم اللون، ثم هو يشتمل على أنساب معلومة فيما بين أهلها فإذا قال: من نجار[1] كذا، صار معلوم الأصل، ثم هو يشتمل على صفات من السِّمن والهزال والوسط، فإذا قال: سمين أو مهزول، لصار معلوم هذا الوصف، فلا يبقى له بعد ذلك إلا ما هو ساقط اعتبارة.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: [أسلم في مختلف فلا يجوز، كما لو أسلم في اللآلئ والجواهر، وكالسلم في الخلفات[2] والأكارع والرؤوس][3] والجلود.

---

(١) النّجار بكسر النون وضمها: الأصل والحسب، وقيل: اللون. ينظر: جمهرة اللغة (١/٤٦٧)، والصحاح (٢/٨٢٣)، والمصباح المنير مادة نجر، والقاموس مادة النجر.

(٢) الخلفات: جمع خَلِفَة وهي الحامل من الإبل. المصباح مادة (خلف).

(٣) ما بين القوسين من الأسرار: ٢/١١٢/ب (مراد ملا).




ودليل الوصف أن الحيوان مختلف حكمًا وحقيقة:

فأما الحكم: فإنه لا يضمن بالمثل، وإنما لم يضمن بالمثل لاختلافه.

وأما الحقيقة: فلأن للحيوان صفات لا يأتي عليها الذكر، وتختلف المالية بها من الكياسة والهداية والملاحة والأمانة وخفة الروح وحسن الخُلُق وغير ذلك في العبيد، وكذا في سائر الحيوانات من الإبل والخيل فإن طباعها وأخلاقها في الاختلاف وإن كان من جنس واحد ولا يتصور أن يأتي عليها الذكر، وعلى أنه إذا استقصى في وصفه يصير عديم النظير عزيز الوجود والمسلم فيه ينبغي أن يكون سهل الوجود كثير الأمثال حتى يجوز باعتباره عقد السلم.

يبينه: أنه إذا اختلف المسلم فيه هذا الاختلاف فيقع المتعاقدان في منازعة عظيمة لا تنقطع؛ لأن هذا يطلب الأعلى وذاك يبذل الأدنى ولا يهتدي القاضي إلى الفصل بينهما؛ لأنه ليس الأخذ بقول أحدهما بأولى من الأخذ بقول الآخر، والوصف المذكور شامل على ما يطلب هذا ويبذله الآخر فقد تمكنت جهات مؤدّية إلى المنازعة في هذا العقد فيفسد به العقد.

قالوا: وخرج على هذا إذا باع الحيوان عينًا؛ لأنه وإن وجد فيه صفات لا يأتي عليها علم المتعاقدين لكن هذه الجهالة لا تمنع[1] جواز العقد؛ لأن الجهالة لعينها لا تفسد العقود، وإنما يفسد العقد؛ لأنها تفضي إلى المنازعة بين المتعاقدين من غير دليل على ترجيح قول أحدهما، وهذا المعنى يوجد إذا باع الحيوان دينا فأما إذا باع عينًا فلا يوجد ذلك؛ لأنه يسلم ما عيّنه بالعقد

(١) في المخطوط: لا يمتنع.

فلا يبالي بالجهالة.

قالوا: وأما الثياب فإنما جاز السَّلم فيها بشرط الاستقصاء في وصفها وإذا استقصى في وصفها لا يبقى بعد ذلك إلّا مالا يبالي به ولا يصير عديم النظير؛ لأنه من صنعة العباد وصنعتهم بآلةٍ واحدةٍ فيخرج الشيء من صنعتهم على صفةٍ واحدةٍ؛ وهذا لأنه احتراف والمحترف يعمل الأشياء على نهجٍ واحدٍ.

وأما الحيوان من صنع الرب عزّ اسمه وهو تعالى بخلق الأشياء بلا آلة ولا لزوم طريقٍ ومنهاجٍ بل على ما يريده ويختاره، وإذا خَلَقَ حيوانًا على صفة بمشيئته لا ندري أنه شاء خلق هذا الحيوان من ذلك الجنس على صفة الأصل، بل نقطع على الاختلاف؛ [١١٨/أ] لأن إظهار القدرة في خَلْقِ المختلف أكثر وهي فيه أبين فإذا استقصى في وصف الحيوان فلا شك أنه يصير عديم النظير، وإذا لم يستقص بقي مختلفًا مجهولًا فصار العقد مترددًا بين طرفي الفساد فلم يتصور جوازه.

وقال أبو زيد(١) أيضًا:

الأشياء على ثلاثة أنواع: متماثل كالمكيل والموزون، ومتفاوت كالحيوانات، ومتقارب على معنى أنه يقرب من المتماثل وهي الثياب، وبيان القرب: أن الوصف يأتي على عامة صفات الثياب ولا يبقى إلّا اليسير الذي لا يعتبر، بخلاف الحيوان فإنه متفاوت بكل حال.

قالوا: وأما ثبوت الحيوان صداقًا في الذمة فليس لمكان وجود العلم

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١١٣/أ (مراد ملا).

بالوصف فإن عندي يثبت الصداق في الذمة مجهولًا.

فإنه وإن لم يصف العبد إذا تزوج على عبد ثبت الوسط منه صداقًا، وكذلك في الثوب الهروي والمروي إلّا أنه إذا ذَكَرَ الحيوان أو الثوب تفاحش الجهالة فلا يحتمل، وإذا ذَكَرَ العبد أو الثوب الهروي تقل الجهالة؛ لأن في الصورة الأولى المذكور يشتمل على أجناس مختلفة بخلاف الصورة الثانية.

وأما ثبوت المجهول صداقًا، فليس هذه المسألة، إنما هي مسألة أخرى تعرف في ربع النكاح في الأوساط[1]، وهذا لأن المال تبع في النكاح فالاختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يجوز أن يعرض عنه من وجه.

وأما في البيع فالمال أصل فيه فالاختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يكون مانعًا من جوازه.

وقد قال كثير من مشايخهم: إن الحيوان لا يثبت في الذمة بدلًا عن ما هو مال بدليل ما لو ضَرَبَ بطن أمةٍ فألقت جنينًا ميتًا لا يجب الحيوان، وإذا ضرب بطن حرةٍ فألقت جنينًا ميتًا يجب الحيوان وهو الغُرة[2]، وههنا لو ثبت ثبت بدلًا عما هو مالٌ فلم يجز.

۞ **الجواب:**

قولهم: «إنه أسلم في مختلف».

قلنا: نعم، قبل الوصف، فأما بعد الوصف فلا، وهو كالثوب.

---

(١) الأوساط: كتاب للمؤلف في مسائل الخلاف.

(٢) الغُرة: (عبدٌ أو أمة) يدفع دية للجنين الميت. المصباح مادة (الغُرة).

وقولهم: إن الحيوان لا يصير معلومًا بالوصف.

قد بيّنا أنه يصير معلومًا.

وأما الحكم الذي تعلقوا به، فيبطل بالثوب فإنه من ذوات القيمة ويجوز السَّلم فيه، وعلى أن في ضمان المتلف يعتبر أقصى الوصف، ولهذا المعنى لو أتلف حنطة جيدة فأتى بما ينطلق عليه اسم الجيد لا يجبر على القبول ما لم يكن موافقًا للمتلف في صفة الجودة، بخلاف السَّلم فإنه لو أسلم في جيد فأتى ما ينطلق عليه اسم الجيد يجبر على قبوله، والمفرق في المعنى أن ضمان الإتلاف ضمان جبر ولا يقع الجبر إلّا بعد الاتفاق من كل وجه وهذا واجب بالعقد فيعتبر وجود الخروج عن المشروط فحسب وبالأدنى يوجد الخروج عن المشروط.

وأما الذي ادّعوا أنه حقيقة فقد ذكرنا أن تلك الصفات التي لا يأتي عليها الذكر غير معتبرة، وفيما قلناه جواب عن كلامهم.

وأما تعلقهم بحصول المنازعة بين المتعاقدين، فليس بشيء؛ لأن الصفات المذكورة منزلة على أوائل الدرجات فسقطت المنازعة، وهذا كالمنازعة بين المتعاقدين في الجيد، والجيد لا يعتبر وإذا جاء بما ينطلق عليه اسم الجيد وجب القبول.

وأما التعلق بالثياب، فقوى جدًا.

والذي قالوا: إن الاستقصاء شرط.

قلنا: الأولى أن يعتبر ذكر الأوصاف التي تسهل الوجود وأن لا يعتبر

الاستقصاء؛ لأنه يصر في الموضعين عزيز الوجود، والمعتبر أن يكون واسع الوجود.

والذي قالوا: إن الثوب من صنعة العباد، والحيوان من صنعة الباري.

قلنا: فإذًا ما قالوه على العكس أولى لسعة قدرة الباري تعالى ولضيق قدرة الخلق.

وأما الذي قالوا: إن الثياب تقرب من المتماثل.

مجرد دعوى، ويقال: إن كان كذلك وجب أن يجب المثل في الإتلاف كالعدديات المتقاربة.

وأما كلامهم على الصداق.

فضعيف، لكنا نعتمد في الشَّبه باعتبار الحيوان بالثياب وهو الأولى فإن المبالغة في التعلق بالصداق يرجع إلى مسألة أخرى غير هذه المسألة كما قالوا.

وأما الذي قالوا: من اللآلئ والجواهر.

فهي مختلفة جدا؛ وهذا لأن قيمتها لصفائها ونورها، وليس لدرجاتها أسامٍ يأتي عليها الذكر؛ ولهذا لا تثبت في الذمة صداقًا وإذا ذُكِرَ ذلك في الصداق وَجَبَ مهر المثل بخلاف مسألتنا، والصداق في هذا الموضع حسن للتعلق به.

أما الخلفات، فإذا قلنا إن الحمل يُعرف يجوز السلم فيها، وعلى أن

[١١٨/ب] عدم الجواز كان لِعِزّة الوجود فإن الحوامل وإن اتسع وجودُها في الحيوانات لكن حامل الوصف المذكور يَعِزّ وجوده.

وأما الأكارع والرؤوس والجلود فنقول:

إن ضبط بالوصف جاز وإلّا فلا.

والكلام الذي تعلق مشايخهم:

فليس تحته طائل، وإنما صِرنا في جنين الحرة إلى الحيوان بالنص، ولولاه لم نَصِرْ إليه على أن المضمون عندكم الدّم في الجناية على الرقيق، فكيف يقال وَجَبَ في مقابلة ما هو مال في المسألة المستشهد بها وهي إذا ضَرَبَ بطن أمةٍ فألقت جنينًا ميتًا؟، وعلى أنه يبطل الأصل الذي قالوه بمسألة نصّوا عليها وهي: إذا أعتق أحد الشريكين العبد وهو موسر فصالحه الشريك الثاني على حيوان في الذمة يجوز، وإن كان بدلًا عمّا هو مال؛ لأن حقه المال فإنه صالح عن نصيبه وهو مال، والله تعالى أعلم بالصواب، وبه الحول والقوة.






كتاب الرهن

※ (مَسْألة):

رهن المشاع[1] عندنا صحيح[2].

وعندهم: باطل[3].

❖ **لنا:**

أن المشاع والمفرز واحد في موجب عقد الرهن فكانا سواء في قبول عقد الرهن فنقول: ما تحقق فيه موجب عقد الرهن صح فيه الرهن كالمفرز، وإنما قلنا ذلك لأن موجب عقد الرهن هو تعليق الدَّين بالعين على معنى تعيينه لاستيفاء الدَّين منه، فكل مال أمكن تعلق الدَّين به على هذا المعنى يصح رهنه.

---

(١) الرهن: «جعل عين مالٍ وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه». ينظر: مغني المحتاج ١٢١/٢.

(٢) الأم: ١٦٨/٣، مختصر المزني مع الأم: ٢١٠/٢، المهذب: ٤٠٧/١، الروضة: ٣٩/٤، المنهاج مع المغني: ١٢٢/٢، النكت: ورقة ١٤٩/ب، الحاوي: ٢١٨/٦.
وهو قول مالك وأحمد.
ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢/٢، قوانين الأحكام: ٣٥١، أحكام القرآن لابن العربي: ٢٦١/١، الإفصاح: ٣٦٧/١، المغني: ٤٥٦/٦.

(٣) مختصر الطحاوي: ٩٢، مختصر القدوري: ٢٩٤/١، المبسوط: ٦٩/٢١، الهداية مع تكملة فتح القدير: ٥٢/١٠، رؤوس المسائل: ٣٠١ أحكام القرآن للجصاص: ٥٢٤/١.

وهذا أصل مطرد فإن ما يقبل موجب البيع يكون محل البيع وما يقبل موجب الهبة يكون محل الهبة، كذلك ههنا ما يقبل موجب الرهن يكون محل الرهن، ثم الدليل على أن موجب عقد الرهن ما قلناه أن عقد الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء. ألا ترى أنه لا يصح الرهن إلّا في عينٍ يتحقق منها استيفاء الدين.

وحقيقة الوثيقة ثبوت زيادة حقٍ من جنس ما كان ثابتًا من قبل زيادة عليه، ألا ترى أن الكفالة لما كانت وثيقة لجانب الوجوب كانت حقيقتها ثبوت زيادة حق من جنس ما كان ثابتًا من قبل زيادة عليه، والثابت في جانب الوجوب حق في ذمة مَنْ عليه، ثم ازداد هذا الحق بثبوت حق من جنسه في ذمة الكفيل، كذا في مسألتنا والثابت له في جانب الاستيفاء هو المطالبة ليصل إليه عين حقه، فوجب أن يكون حقيقة الوثيقة في هذا الجانب ثبوت زيادة من جنس حقه؛ ليصل بها إلى عين حقه زيادة على ما كان من قبل، وليس إلّا المطالبة بإيفاء الدَّين من عينٍ مخصوصةٍ لم تكن من قبل وهو عين الرهن.

ووجيز العبارة عمّا قلناه: أن موجب عقد الكفالة ثبوت واجب على واجب ليتأكد به الواجب الأول، كذلك موجب الرهن زيادة مطالبة على مطالبة ليتأكد بها الأول ففي الكفالة كان يجب في ذمةٍ واحدةٍ، والآن يجب في ذمتين، وفي الرهن كان يطالب بالإيفاء على الإطلاق والآن يطالب كذلك، ويطالب أيضًا بالإيفاء من عينٍ مخصوصةٍ.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: المشاع والمفرز في هذا المعنى سواء فوجب أن يكون جواز العقد عليها على السواء.

ونستدل من حيث الحكم: بما إذا رهن عينًا من رجلين فإنه يجوز، ومعلوم أنه في هذه الصورة قد رَهَنَ من كل واحدٍ منهما النصف، كما لو باع عينًا من رجلين يجوز، ومعلوم أنه في هذه الصورة باع من كل واحدٍ منهما النصف فيتحقق رهن المشاع في هذه الصورة وقد حكموا بصحته.

يبينه: أنه لا فرق في المعنى أن تقول: رهنتُ العبد منكما، وبين أن تقول: رهنتُ العبد منكما النصف من هذا والنصف من هذا، وقد حكموا بصحة العقد في الصورة الأولى، وبطلانه في الصورة الثانية مع استوائهما معنىً، فهو مناقضة.

يدل على ما ذكرنا أن حقيقة الاستيفاء في المشاع صحيح، وكذلك وثيقة الاستيفاء فإنه لو كان على إنسان خمس مئة درهم فدفع ألفًا إليه لتكون خمس مئة عن حقه، وخمس مئة عن قراضٍ أو وديعةٍ فإنه يجوز.

۞ [١١٩/أ] **وأما حجتهم:**

قالوا: موجب عقد الرهن ملك اليد، وربما يقولون حبس دائم، والدليل عليه أن الرهن في اللغة مأخوذ من الحبس[(١)]، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[(٢)] أي محتبسة بعملها.

قال الشاعر[(٣)]:

وفارقتْكَ برهنٍ لا فِكَاكَ له ... يوم الوداع فأمسى الرهنُ قد غَلِقَا

(١) مادة (رهن) المصباح المنير.

(٢) سورة المدثر آية (٣٨).

(٣) هذا البيت لزهير بن أبي سلمى. ينظر: ديوانه: ٦٣.




فسمى احتباس القلب بالحب رهنًا، وإذا ثبت أنه مأخوذ من الحبس فكان حكمه الحبس؛ لأن أسامي العقود دالة على أحكام العقود.

ألا ترى أن اسم الكفالة مأخوذ من الضَّم، والحوالة من التحويل، والصرف من تبديل اليد باليد، فكان أحكام هذه العقود ما تقتضيها أساميها، كذلك ههنا، وهذا فصل يعتمدونه.

قالوا: ولأن الرهن وثيقة... في[1] لجانب الاستيفاء فكان الثابت به من جنس ما ثبت بحقيقة الاستيفاء كالكفالة.

وربما يقولون: كان الثابت له بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء.

وبيان هذا: أن في الكفالة يكون الثابت بعض ما يثبت بحقيقة الوجوب وهو المطالبة لا حقيقة الوجوب، فإن الثابت في الأصل دين في ذمته يطالب به فبالكفالة تثبت المطالبة دون الوجوب؛ لأن الواجب في ذمة لا يثبت في ذمة أخرى والشيء الواحد لا يكون له محلان، كذا بالرهن يثبت بعض ما يثبت بحقيقة الاستيفاء، والثابت بحقيقة الاستيفاء ملك العين وملك اليد، فثبت به بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء وهو ملك اليد.

وربما يقولون: من جنس ما يثبت بحقيقة الاستيفاء كالكفالة، فإن بالكفالة يثبت وجوب من جنس ذلك الوجوب، كذلك ههنا يثبت استيفاء من جنس ذلك الاستيفاء إلّا أنه لا يمكن إثبات ملك العين؛ لأنه يكون حينئذ حقيقة الاستيفاء فأثبتنا ملك اليد ليكون الثابت بالرهن من جنس ما يثبت

---

(١) كذا في المخطوط، والمعنى يصح بدونها.

بحقيقة الاستيفاء من هذا الوجه.

قالوا: وأما قولكم: «إن موجبه تعليق الدَّين بالعين».

فهذا لا يعرف.

وأما التفسير الذي قلتم، فلا يجوز أن يكون موجب الرهن في الأصل؛ لأن موجب العقد ما يتعقب العقد كما يكون في سائر العقود والذي يتعقب العقد هو الحبس.

وأما الذي قلتم أنه موجب العقد؛ فلا يتعقب العقد وإنما يظهر بعدة مدةٍ، ولأن العاقد يثبت بالعقد للغير ما كان ثابتًا له والثابت له ملك اليد، فأما تعليق الدَّين بالعين أو استيفاء الدَّين من العين ما كان ثابتًا له حتى يثبت للمرتهن بالعقد.

قالوا: وقد دل على هذا الأصل الذي ادّعيناه قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1].

وهذا مثل قولهم: «هبة مملوكة ومبيع مملوك، دل أنه الموجب».

قالوا: ولا يُحمل هذا على القبض الأول؛ لأنا قد استفدنا هذا بقوله: «فرهان»[2]؛ لأن الرهن لا يكون رهنًا إلّا بالقبض فقوله: «مقبوضة» لبيان أن اليد موجب العقد ابتداءً.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إذا قلتم إن موجبه إذا كان ملك اليد فأيش فائدته؟

---

(١) سورة البقرة آية (٢٨٣) جزء من آية.

(٢) سورة البقرة آية (٢٨٣) جزء من آية.

قالوا: فائدته ثبوت الاستيفاء حكمًا إن هَلَكَ أو حقيقة الاستيفاء إن لم يهلك ويبقى فصار الثابت بالرهن وثيقة استيفاء يُوصِلُ إلى حقيقة الاستيفاء.

وقال بعضهم: فائدة حصول الأمر عن هلاك الدَّين بالجحود.

قالوا: وهذا معتاد؛ لأن الإنسان إنما يأخذ الرهن إذا خاف الجحد.

يدل عليه: أن الله تعالى أقام الرهن مقام الشهادة بقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1] والشهادة وثيقة الأمن بها عن جحود الدَّين كذلك ههنا إلّا أنه مع هذا لا يجوز رهن المُدبر وأمّ الولد؛ لأنه وثيقة لحصول الأمن ويفضي بها إلى حقيقة الاستيفاء؛ لأنه لما كان وثيقة لجانب الاستيفاء فلابد وأن يفضي إلى حقيقة الاستيفاء، وذلك لا يوجد إلّا في الثمن.

وإذا ثبت هذا الأصل الذي قدمنا فلا يجوز الرهن في المشاع؛ لأن المشاع لا يكون محلًا بنفسه لحقيقة اليد إنما يتصور قبضه بغيره أما بنفسه فلا، والرهن معقود لليد فلا يصح إلّا في محلٍ يتصور فيه بنفسه حقيقة اليد فأما إذا لم يتصور فلا يصح العقد؛ لأن مالا يكون محلًا لموجب العقد بنفسه لا يكون محلًا للعقد.

وخرج على هذا القبض في الهبة في مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن موجب العقد هناك الملك لا اليد، وكذا في البيع.

وأما [١١٩/ب] القبض في الهبة متمم للعقد، وفي البيع مُؤكّد للعقد فاعتبر تصور وجود القبض في الجملة، والمشاع قد تصور قبضه في الجملة بقبض الكل.

---

(١) سورة البقرة آية (٢٨٣).



وأما في مسألتنا فاليد موجب العقد فتعتبر في صحته أن يكون المحل قابلًا للموجب بنفسه، وصار نظير مسألتنا النكاح فإنه لا ينعقد في المشاع؛ لأنه لا يكون محلًا للحِلّ بنفسه بحال.

وحرروا وقالوا: عقد أضيف إلى محل لا يقبل موجبه فلا ينعقد فيه.

دليله: النكاح إلّا أن في النكاح يجعل نكاح بعض المرأة كنكاح الكل بدليل قام لنا فيه، وههنا لا نجعل ذلك لعدم الدليل.

وأما الموضعان فاستويا في أن المشاع لم يكن محلًا لواحد منهما.

قالوا: وخرج على ما قلناه حقيقة الاستيفاء في المشاع فإن موجب حقيقة الاستيفاء هو الملك، والمشاع محل الملك بنفسه، وموجب الرهن ههنا اليد، وقد بيّنا أن المشاع لا يقبله بنفسه.

قالوا: وليس يلزم على الأصل الذي قلناه إذا رَهَنَ من رجلين؛ لأنه لا يجوز في المشاع وإنما يجوز في الكل ويصير من حيث الحكم كأنه رَهَنَ من كل واحد منهما جميع المحل، ولهذا نقول:

لو قضى دين أحدهما فللآخر أن يمسك جميعه رهنًا؛ وهذا لأن العقد واحد وقد وَرَدَ على محلٍ يقبل موجبه فصح لهذا، وفي مسألتنا قد وَرَدَ على محلٍ لا يقبل موجبه.

قالوا: وإن عبّرنا عن الموجب بالحبس الدائم فهناك الحبس دائم لكل واحد من المرتهنين؛ لأن كل واحد منهما ممسك في يومه لنفسه ولصاحبه نيابة عنه، وفي مسألتنا لا يمكن هذا التقدير؛ لأن المالك لا يجوز أن يقال

إنه يمسك لنفسه وبالنيابة عن المرتهن ؛ لأن من يحفظ بالملك لا يكون نائبًا عن أحد ؛ ولهذا في الابتداء لو تواضعا[1] على أن يكون الرهن عند أحد المرتهنين يجوز ، ولو تواضعا على أن يكون عند الراهن لا يجوز.

قالوا: ولا يدخل على هذا إذا أعار المرتهن من الراهن ؛ لأنا نعني بالحبس الدائم استحقاق الحبس ، وفي صورة الإعارة الاستحقاق قائم ، ألا ترى أنه يسترد متى شاء بخلاف مسألتنا ، فإن الراهن إذا استرد ليمسك المرهون في يومه يبطل استحقاق المرتهن حتى لا يجوز أن يسترده.

وربما يقولون: في الحبس إضجار الراهن ومبادرته إلى قضاء الدَّين ، وهذا مقصود في العادات.

قالوا: وأما الإشاعة الطارئة فعندنا تفسد عقد الرهن واستقروا على منع هذا.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: «إن موجب عقد الرهن ملك اليد أو الحبس».

قلنا: قد بيّنا الموجب ، ودللنا عليه.

فأما ما تعلقوا به من اللغة فقد قال الفراء[2]:

هو من الدوام والثبوت يقال لكل شيء دَامَ وَثَبَتَ فقد رَهَنَ ، ويقال: ماء

---

(١) المواضعة: المراهنة والموافقة في الأمر. القاموس المحيط مادة (وضع).
فالمقصود: توافقهما على أن يكون الرهن عند أحدهما.

(٢) ينظر: اللسان مادة (رهن).



راهن أي دائم، ومنه الحالة الراهنة لثوبتها.

وقال ابن عروة[١]: «الرهن في كلام العرب هو الشيء الملزوم»[٢].

ونحن نقول: إن الرهن ملزوم فيه الحق، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[٣] أي ملزومة فإذا كان مأخوذًا من الدوام واللزوم فالحق الذي ذكرناه عندنا دائم ثابت لازم فلم يبق لهم في الاشتقاق حجة، على أنا وإن سلمنا أنه مأخوذ من الحبس فالحكم الشرعي للعقد لا يجوز أن يؤخذ من قضية اللغة، فالشرعي إنما يؤخذ من دليل الشرع؛ لأن دليل الشرع أقوى من قضية اللغة، وقد أقمنا الدليل على ما قلنا فصار ما قلناه أولى.

وأما قولهم: «إن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء».

قلنا: مسلم، ولكن الوثيقة فيما قلنا لا فيما قلتم.

وأما قولهم: «وجب أن يكون الثابت به بعض ما يثبت بحقيقة الاستيفاء».

قلنا: فلا تكون وثيقة إذًا؛ لأن وثيقة الشيء غيره فينبغي أن تكون وثيقة الاستيفاء غير الاستيفاء حتى تكون وثيقة له، فإذا كان بعض الاستيفاء يكون عينه وإذا كان عينه فلا يكون وثيقة له.

وقولهم: «وجب أن يكون من جنس ما يثبت بحقيقة الاستيفاء».

قلنا: الثابت بحقيقة الاستيفاء هو الملك، والوثيقة لا تكون من جنس

---

(١) كذا في المخطوط، وفي اللسان (ابن عرفة). ينظر: مادة (رهن).

(٢) في اللسان (الشيء الملزم).

(٣) سورة المدثر آية (٣٨).

الملك، ونقول أيضًا الثابت بحقيقة الاستيفاء ملك العين وملك اليد ثمرته فلا تكون من جنس ملك العين، وإن قلتم صورة يد الرهن مثل صورة يد الملك، فالصورة توجد في سائر الأيدي وليست من جنس يد الملك.

والحرف أن يقال لهم: أيش هذه اليد؟ فإن قالوا: وثيقة، يقال لهم أين الوثيقة في هذه الصورة؟ فإن قالوا: وثيقة الأمن من الجحود.

قلنا: هذا وثيقة لطرف الوجوب؛ لأن بالجحود ينفي الوجوب والرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، فأيّ وثيقة فيه للاستيفاء؟ فإن [١٢٠/أ] قالوا: ليستوفي عينه بحقه، فبالإجماع لا يجوز.

وإن قالوا: ليستوفي حقه من ماله فهو الذي قلناه.

وعندي أنه لا يمكنهم بيان وثيقةٍ ما لجانب الاستيفاء إذا جعلوا موجب الرهن ملك اليد فافهمه، فإنه معتمد مُسْكِت.

وأما فصل الكفالة فقد جعلناه دليلًا عليهم.

وقولهم: «إنه يثبت المطالبة».

قلنا: بلى، ولكن بعد الوجوب في ذمة الكفيل؛ لأنه لا يتصور مطالبة إلّا بعد تقدم وجوب.

فإن قالوا: كيف يتصور وجوب دينٍ واحدٍ في ذمتين؟

قلنا: يتصور على معنى أنه يجعل الدَّين كدينين حكمًا لوجوبه في ذمتين، ولهذا المعنى على أصلهم يمنع وجوب الزكاة على الكفيل كما يمنع وجوبها

على الأصيل.

وإذا ثبت الوجوب فإذا كانت الوثيقة في الكفالة بزيادة حق الوجوب فليكن الوثيقة في الرهن بزيادة حق الاستيفاء، وعلى أنا نقول إن سُلِّم لكم أن موجب الرهن هو ملك اليد أو الحبس تسليم جدل، فلم قلتم إنه لا يجوز في المشاع؟

وقولهم: «إن المشاع لا يصح فيه القبض بنفسه».

قلنا: قبض المشاع مُتصوّر؛ لأن قبضه بقبض الكل، ألا ترى أن البيع والهبة صلحت اليد في المشاع متممًا للهبة مُؤكّدًا له فصلحت ههنا أيضًا حكمًا للعقد وموجبًا له؛ وهذا لأن القبوض في الأشياء إنما تتحقق على ما يتصور، ويمكن أن يقال: إن القبوض في الأشياء على العادات، ثم يقال لهم: إن الحبس وإن زال عن المشاع حسًّا، ولكنه باقٍ[1] حكمًا؛ لأن المالك والمرتهن إذا تهايآ في الحبس فإنما يحبس المالك جميع العين في يومه في مقابلة ما حَبَسَ المرتهن جميعه في يومه، فقد حبس إذًا كل واحد منهما النصف الذي لم يستحق حبسه؛ لأن صاحبه حبس نصفه الذي كان حقًا له، وإذا تحققت المقابلة من هذا الوجه فكان كل واحد منهما حابسًا نصفه الذي هو حقه على الدوم مثل ما لو تهايأ الشريكان في منفعة العين المشتركة يصير كل واحد منهما كأنه انتفع بنصفه الذي هو حق له على الدوام، ولا تجعل معاوضة كأن كل واحد منهما انتفع بنصيب صاحبه عوضًا عن نصيب صاحبه على الدوم، كذلك ههنا لا يجعل كأن يد كل واحد منهما انقطع في يومٍ وَوُجِدَ في يومٍ بل

---

(١) في المخطوط: باقي.

جعل كل واحد منهما ممسكًا نصف حقه على الدوم، وهذا جواب في الجدال معتمد.

وأما الذي ذكروه أخيرًا من التعلق بالأمن عن الجحود.

فقد أجبنا، وأيضا فإن هذه الوثيقة بالشهادة توجد، فأما الرهن فهو وثيقة على الجهة التي قدمناها لا غير.

وأما مسألة الرهن من الرجلين في نهاية اللزوم، والذي قالوا: إنه راهن من كل منهما على الكمال فهو طلب محال، ولو جاز مثل هذا مقارنًا جاز على التعاقب والتوالي، ولأن الرهن حق ملك فكما لا تتصور حقيقة الملك على ما زعموا لا يتصور حق الملك أيضًا. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلة):

للراهن أن ينتفع بالمرهون عندنا[1].

وعندهم: لا ينتفع به أصلًا[2].

وإنما يطلق للراهن عندنا منفعة لا تخل بحق المرتهن مثل خدمة العبد

---

(١) الأم: ١٤٥/٣، المهذب، ٤١١/١، النكت ورقة: ١٥٠/أ، المنهاج: ١٣١/١ مع المغني، روضة الطالبين: ٧٩/٤، التهذيب: ٩٨/٢/أ، الحاوي: ٢٠٦/٦.

(٢) المبسوط: ١٠٦/٢١، البدائع: ٣٧٤٠/٨، اللباب للمنبجي: ٥٣٣/٢، رؤوس المسائل: ٣٠٦. وهو قول مالك، وأحمد. ينظر: الإشراف للبغدادي: ٧/٢، قوانين الأحكام: ٣٥٢، المغني: ٥١١/٦، ٥١٥، الإفصاح: ٣٦٨/١.

وسكن الدار وما أشبه ذلك[1].

وعندهم: لا ينتفع[2].

❊ **لنا:**

إن المنافع على ملك الراهن واستيفاؤه إياها لا يوجب تفويت حق المرتهن ولا إدخال نقص فيه فلا يمنع من استيفائها، وهذا مستغن[3] عن الأصل، وإن أرادوا أصلًا له فهو: منزلة تزويج الجارية المرهونة، وكذلك علف الدابة المرهونة وسقيه إياها؛ لما كان تصرفًا لا يوجب تفويت حق المرتهن ولا إدخال نقص فيه لم يمنع منه.

وإنما قلنا: «إن المنافع على ملكه»؛ لأن ملك الأصل سبب لملك المنافع ولم يوجد ما يزيل ملكه عنها.

وأما قولنا: «إنه لا يوجب استيفاؤه نقصًا في المرتهن ولا تفويتًا»؛ فلأن موجب عقد الرهن هو تعلق الدَّين بالعين استيفاءً على الوجه الذي بيّنا، وهذا المعنى لا يمس المنافع فاستيفاؤها لا يمسُّه أيضًا، فلم يفت بالاستيفاء حق المرتهن ولا دَخَلَهَ نقص فأُطلقَ له ذلك لملكه اياها؛ لأن الملك سبب مطلق لاستيفاء ما تناوله الملك والتصرف فيه.

❊ **وأما حجتهم:**

قالوا: موجب عقد الرهن ملك اليد، واستيفاء المنافع لا يكون إلّا باليد

(١) المهذب: ٤١١/١.

(٢) المبسوط: ١٠٦/٢١.

(٣) في المخطوط: مستغني.

فصار الاستيفاء لمنافع المرهون مفوتًا حق المرتهن فلا يُمكّن منه.

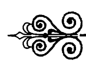
والدليل على [١٢٠/ب] أن موجب عقد الرهن ملك اليد ما سبق في المسألة الأولى، ولأن المرتهن أحق بإمساك العين من الراهن إذا مضت مدة الانتفاع، وكذلك في كل عين لا ينتفع بها إلّا باستهلاكها مثل المكيل والموزون فلولا أن اليدَ حقُّه لم يكن أولى بالإمساك من الراهن؛ لأن المالك أولى بحفظ ملكه من كل أحد، ولأن اليد معتبرة في الابتداء على أنها موجب للعقد لا على أنها متممة للعقد؛ لأنه غير محتاج في تمامه إلى القبض على ما يوجبه مذهبكم فإن تعلق الدَّين بالعين كتعلقه بالذمة ثم تعلقه بذمة الكفيل يثبت بنفس العقد من غير قبض شيء، كذلك في الراهن وجب أن يكون كذلك وحين وجب القبض دل أنه وَجَبَ؛ لأنه موجب العقد.

واستدلوا بالمبيع قبل القبض؛ لأنه لا يجوز للمشتري أن ينتفع به كذا في المرهون؛ لأن كل واحد منهما محبوس بعقدٍ لاستيفاء مال.

قالوا: وليس كالأمة المزوّجة حيث ينتفع بها السيد؛ لأن المنع من الانتفاع في مسألتنا لأجل يد المرتهن ولا يد للزوج وإنما له مجرد ملك الاستمتاع، وليس في استخدام السيد جاريته المزوّجة تفويت حق الزوج ولا إدخال نقص فيه فيما يرجع إلى ملك الاستمتاع، وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق.

۞ **الجواب:**

قولكم: «إن موجب عقد الرهن ملك اليد».




ليس كذلك، وقد سبق أن الكلام في موجب عقد الراهن في المسألة الأولى.

وقولهم: «إن المرتهن أحق بالقبض».

قلنا: هي، وإن لم يكن موجب العقد لكنها موصلة إلى الموجب فإنه إذا كان المرهون في يد المرتهن بادر الراهن إلى إيفاء الدَّين، وأيضًا إذا جاء وقت البيع يرفعه المرتهن إلى الحاكم حتى يبيعه فالشرع جعل المرتهن أولى باليد من الراهن؛ لا أنها موجب عقده؛ ولكن لأنها وسيلة مفضية إلى الموجب ثم إنما يكون أولى إذا لم يعد إلى إبطال معنىً مقصودٍ للراهن، فأما إذا كان يؤدي إلى تفويت مقصود يُعْرَض عن الذريعة والوسيلة وَيُقَدّمُ المقصود؛ لأن اليد وإن كانت ذريعة لحقه لكنها ليست هي المقصود وما دون المقصود لا يعارضُ المقصود بحالٍ، أما نفس الحفظ فليس بمقصودٍ وكأن المرتهن يحفظ المرهون للراهن من وجهٍ، بخلاف الانتفاع فإنه مقصود، والمنافع هي ثمرات الملك والثمرات مقصودة.

وأما أصل القبض إنما اعتبر؛ لأن الرهن تبرع في حال الحياة فيعتبر قبض ما تبرع به لتمامه كالهبة، وليس كالكفالة؛ لأنه ليس فيها عين تقبض.

وأما المبيع قبل القبض فالتصرفات كلها في المبيع على القبض ليتم الملك بتمام سببه ثم يكون تصرفُه في ملكٍ تامٍ، وفي مسألتنا ملك الراهن قد كان تامًا، وإنما أوجب حقًا للمرتهن بالرهن ففيما وراء ذلك الحق هو باقٍ[1] للراهن على تمامه وكماله.

---

(١) في المخطوط: باقي.

وأما المنافع التي يخل استيفاؤها بحق المرتهن مثل الوطء واللبس في الثوب فالعذر عنه ظاهر بالمعنى الذي ذكرناه وهو دخول النقص في حق المرتهن بذلك الانتفاع وعدم دخوله في الانتفاع الذي اختلفنا فيه.

والله أعلم بالصواب.

❋ (مَسْأَلَة):

عتقُ الراهن العبد المرهون باطل في القول المختار للشافعي[(١)].

وعندهم: نافذ[(٢)].

❋ **لنا:**

أنه بإعتاقه مسقط حق المرتهن فلم يصح إعتاقه، كما لو باعه.

فإن قالوا: يصح البيع عندنا فالقياس على البيع اللازم النافذ فإنه نظير

---

(١) عند الشافعية ثلاثة أقوال:
القول الأول: إنه لا يصح عتق الراهن وهو ما ذكره المؤلف.
القول الثاني: إنه ينفذ إن كان موسرًا ولا ينفذ إذا كان معسرًا.
القول الثالث: إنه ينفذ بكل حال.
ينظر: مختصر المزني مع الأم: ١٧٣/٣، النكت: ورقة ١٥١/أ، المهذب: ٤١٢/١، مغني المحتاج ١٣٠/٢، الروضة: ٧٥/٤، التهذيب: ٨٢/٢/ب.
قال الشيرازي في المهذب: «والصحيح إنه إن كان موسرًا صح وإن كان معسرًا لم يصح».
وقال النووي في المنهاج: أظهرها ينفذ من الموسر...» اهـ، المنهاج: ١٣٠/٢.
وقال البغوي في التهذيب: وهو الأصح.

(٢) مختصر الطحاوي: ٩٣، مختصر القدوري: ٣٠١/١، المبسوط: ١٣٥/٢١، رؤوس المسائل: ٣٠٥، البدائع: ٣٧٩٨/٨.

الإعتاق، ونقول: تصرف مستفاد بالملك تضمن إسقاط حق المرتهن فلم يصح من الراهن.

دليله: البيع النافذ؛ وهذا لأن حق المرتهن حق لازمٌ شرعًا بدليل أن الراهن لو أراد إسقاطه لا يصح إسقاطه، وكل تصرف يسقط حق المرتهن فهو كصريح الإسقاط، ثم الدليل على أنه بالإعتاق مسقط حق المرتهن أن حق المرتهن حق مالي وهذا مما لا إشكال فيه ولهذا أجري فيه الإرث، والإعتاق إسقاط المالية فصار بالإعتاق مسقطًا كل حق متعلق بالمال، ويقال أيضًا المالية مشتملة على كل حقوقها فإذا كان الرهن حق مال، والعتق إسقاط المالية فكان العتق مسقطًا للمالية بجميع حقوقها.

وقد قيل: إن حق المرتهن متعلق بالعين والعتق محله العين فإذا استويا في المحل فلابد وأن يلاقي العتق حقه بالإسقاط، والأول أحسن.

ويدل عليه من حيث الحكم: أن الراهن يضمن قيمة العبد ليكون رهنًا عند المرتهن، وإنما يضمن لأنه أسقط حقه بالإعتاق، ولولا تحقق الإسقاط من قبله لحقه لم يتصور وجوب الضمان [١٢١/أ] لحقه.

فإن قالوا: إن العتق إسقاط الرق لا إسقاط المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية دون الرق.

قلنا: هذا فاسد؛ لأن الرق والمالية واحد.

قالوا: لا، بل الرق معنى في المحل يصير به المحل محلًا للتملك وهو مثل صفة الحياة في الشخص؛ ولهذا لو علّق عتق عبده بصفةٍ، ثم باعه العبد

ثم اشتراه تبقى اليمين بالعتق ولو كان العتق محله المالية وببيعه العبد أزال حقه عن المالية وجب أن ترتفع اليمين المتعلقة به.

والجواب:

إن التفريق الذي قالوه باطل؛ لأنه يقال لهم هل تقولون إن الرق حق المالك؟ فإن قالوا: لا، ينبغي أن لا يسقط بإعتاقه إسقاط ما هو حقه.

فإن قالوا: هو حق المالك فهو المالية إذًا ولا يتصور غيرها.

وأما مسألة اليمين فهي على أصولهم، وعلى أصح قولي الشافعي تبطل اليمين.

وقال بعض أصحابنا: إنه بالرهن حَجَرَ على نفسه في التصرفات فصار كالمحجور عليه بالصغر.

وهم يقولون: لم يثبت حجر على نفسه إنما أثبت له حقًا والملك باقٍ[1] ثم إذا تصرف ينظر: إلى عمل الدليل في نفاذه ومنعه.

قالوا: وإن قلتم إن الشرع حجر عليه فلابد من دليل أيضًا؛ وهذا لأن حق المرتهن لما لم يكن في الملك لا يصلح دليلًا للحجر عن التصرف الحاصل في الملك.

وقالوا: في الصبي الأهلية مفقودة على ما عرف من تصرفات الصبي، والمعتمد ما سبق.

(١) في المخطوط: باقي.

۞ **أما حجتهم:**

قالوا: من أهل الإعتاق أضاف العتق إلى مملوكه فلا يلغو إعتاقه.

دليله: إذا أعتق عبد المؤاجر أو العبد المبيع قبل القبض والعبد المشترك بينه وبين غيره، والوصف معلوم مستغن[١] عن الدليل؛ وهذا لأن الشيء إذا وجد من أهله في محله لابد أن يحصل ويوجد ويحكم بصحته كالحسيات، ومنها محسوس ومشروع.

ومعتمدهم: أن محل العتاق هو الملك وهو خالص للراهن لاحق للمرتهن فيه، وإنما حقه الحبس واليد.

وعندكم: حقه استيفاء الدَّين منه في الثاني فإنما تحل العين في الثاني وأما في الحال فالملك خالص صافٍ[٢] للراهن فصار بالإعتاق مسقطًا خالص حقه وإنما سقط حق المرتهن حكما، وهذا مثل العبد المرهون يقتل عبدًا آخر للراهن، فيقتص منه الراهن، فإنه يصح وإن تضمّن إسقاط حق المرتهن لكن قيل هو باستيفاء القصاص غير متصرفٍ في حقه بالإسقاط لكن متصرف في الدم، ثم سقط حقه حكمًا، كذلك ههنا.

قالوا: وقولكم: «إن الرهن حق مال».

بلى، حق مال ولكنه ملك اليد لا ملك العين والعتق محله ملك العين.

وأما وجوب الضمان فيجوز أن سقط الشيء بتصرفه حكمًا، ويجب

(١) في المخطوط: مستغني.

(٢) في المخطوط: صافي.




عليه الضمان؛ كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه؛ فإنه يعتق نصيب شريكه حكمًا، ومع ذلك وَجَبَ عليه الضمان.

فأما صحة أصل التصرف وفساده ينظر: فيه إلى ما يلاقيه التصرف، ألا ترى في أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه يصح، وإن أعتق نصيب شريكه لا يصح وإن كان يضمنه بإعتاقه نصيبه، وهذا لأنه قد يضاف الشيء إلى مباشر علة العلة، كما لو رمى فَقَتَلَ إنسانًا أو جرحه، فإن الرمي علة النفوذ، والنفوذ علة الإصابة والوصول، فأضيف إليه ووجب عليه الضمان؛ لمباشرة علة العلة.

فأما التصرفات الشرعية فإنه ينظر: فيها لصحتها وفسادها إلى أحكامها ولا ينظر: إلى حكم الحكم ليصح أو يفسد؛ ألا ترى أن مَنْ اشترى أَمَة محرّمة عليه بالصهرية أو الرضاع يجوز؛ لأن حكمه الملك وقد ثبت والحِلّ حكم الحكم فلم ينظر: إلى فواته، وبمثله لو تزوّج امرأة محرمة عليه بما ذكرنا لم يجز؛ لأنه الحكم أعني الحِلّ ففواته منع صحة النكاح.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المرهون كالخارج عن ملكه؛ لأنه كيف يكون كالخارج من ملكه وصحة عقد الرهن بوجود ملكه؛ وأما إذا قَتَلَه فالضمان الذي يجب ليس بضمانٍ حقيقةً، ألا ترى أنه لا يخرج عن ملكه، وكيف يتصور أن يضمن من نفسه لنفسه، وأيضًا إذا قضى الدَّين لم يخاطب بالضمان ولو كان الضمان له حقيقة لم يسقط بإنفاذ مَنْ عليه لكن يقال له: أقم مقام الرهن الأول رهنًا آخر يوازيه في المالية، وإنما كان ذلك صيانة لحق المرتهن.

قالوا: وأما البيع فعندنا لا يبطل ولو صبر المشتري حتى قضى الراهن الدَّين نَفَذَ بيعه من غير تنفيذٍ.

والمعتمد لهم على [١٢١/ب] البيع أنه إنما لم ينفذ لفقد شريطة البيع وهو القدرة على التسليم، وليس للعتق هذه الشريطة ولا يعتبر له شيء سوى الملك فحسب؛ وهذا لأن البيع تمليك فكان القدرة على التسليم شريطة في صحته ليصل المتملك إليه، والعتق إسقاط والساقط يتلاشى فلا معنى لاعتبار القدرة على التسليم فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال يجب أن ينفذ البيع حتى يحكم بوجود قدرته على التسليم؛ لأن القدرة شرط، والشرط يعتبر اقترانه بالسبب ولا يجوز أن يصح بوجود الشرط من بعد.

قالوا: وليس كالمريض إذا أعتق عبده ولا مال له غيره وعليه دين مستغرق لقيمة العبد أو لا دين عليه وله ورثة حيث لا ينفذ في الحال؛ لأن التعليل لئلا يلغو العتق وهناك لا يلغو؛ لأن: إن لم ينفذ في الحال ينفذ في ثاني الحال، وعلى أن حق الورثة متعلق بعين العبد؛ لأنهم يخلفونه في العين، وحق الغرماء أيضًا متعلق بعين العبد؛ لأن العبد تركة الميت، وحقوق الغرماء متعلقة بأعيان التركة؛ ولهذا يمتنع ملك الورثة في أعيان التركة إذا كانت الديون مستغرقة، وإذا تعلق حقهم بعين العبد مُنِعَ العتق.

وأما في مسألتنا حق المرتهن غير متعلق بملك العبد بل حقه مجرد اليد على ما سبق.

وربما يقولون: لحق الغرماء.

قلنا: لا يتنجَّز العتق نظرًا لهم؛ لأنه لو تنجَّز ووجبت السّعاية بعد العتق تعلق حقهم بذمة المفلس فتأخر العتق حتى يسعى ثم يعتق نظرًا لهم، وههنا لا حق على العبد إنما الحق على الراهن ولا إفلاس له فلم يجب علينا النظر للمرتهن بتأخير العتق.

وقالوا: أيضًا العتق في المرض وصية، فإذا أعتق في المرض كان كما لو أوصى بعد الموت، فيكون العتق حقيقة في عبدٍ مشترك بينه وبين الورثة في الثلث والثلثين، فيصير حكمه حكم العتق في العبد المشترك بينه وبين غير الورثة، فتجب السعاية عند اعتبار الإعسار، والمستسعى مكاتب عندنا، والمكاتب عبد حتى يؤدي المال الذي عليه.

۞ **الجواب:**

أن الأهلية مسلمة، فأما المحلية فلا يسلم؛ لأن بإشغال المحل بحق المرتهن خَرَجَ عن كونه محلًا للعتق المسقط لحقه، وعلى أن الأهلية والمحلية قد يجتمعان ويمتنع العتق لمعنىً آخر؛ كالمريض إذا أعتق العبد، ولا يقع التقصي عن عهدة هذا النقص بقولهم: «لا يلغو»؛ لأن الإلزام عليهم عدم النفوذ وإذا جاز أن يصدر العتق من أهله في محله ولا ينفذ لحق ذي حقٍّ جاز أن يصدر كما قالوا ويلغو لحق ذي حق.

وأما قولهم: «إن العتق يصادف الملك».

قلنا: بلى، ولكن ملك تعلق به حق المرتهن، والدليل على تعلق حق المرتهن بالملك أن الحق حق الاستيفاء والاستيفاء يكون بالملك.

وقولهم: «إن الاستيفاء يكون في ثاني الحال».

قلنا: «نحن ندّعي أنه استوفى العين بحقه؛ لأنه يكون العبد حينئذ مملوكًا له، ولكن ثبت حق الاستيفاء وتعلق هذا الحق بما يحصل به الاستيفاء وهو الملك، ونقول أيضًا: إن العتق وإن صادف الملك بالإسقاط لكن لما كان بالعتق مسقطًا لحق المرتهن ـ على ما سبق بيانه من قبل ـ امتنع العتق كما يمتنع البيع وإن كان البيع يلاقي الملك أيضًا، ولا يلاقي حق المرتهن.

فإن قالوا: إذا كان للراهن ملك وللمرتهن حق فكيف يقدم الحق على الملك؟

قلنا: ليس في منع العتق إبطال ملك الراهن وفي تنفيذ العتق إسقاط حق المرتهن، وهو كمسألة البيع.

وقولهم: «امتنع البيع لفقد الشرط وهو القدرة على التسليم».

قلنا: هو قادر بأن يوفر الدَّين ويسلم العبد.

فإن قالوا: «أداء الدَّين موهوم فلا يجوز إثبات القدرة بموهوم».

قلنا: يبطل بما لو باع العَقارَ قبل القبض عندهم يجوز، ويجعل قادرًا على التسليم بهذا الطريق وهو أن يؤدي الثمن ويسلم.

فإن قالوا: «البيع يحتمل الرد بخلاف العتق».

قلنا: هذا منع الوقوع وليس برفعٍ بعد الوقوع، والعتق يحتمل منع وقوعٍ، لقيام الدليل على ما سبق بدليل عتق المريض والصبي ومسألة المريض في



نهاية اللزوم وهي مناقضة عظيمة عليهم.

وقولهم: «إن حق الوارث والغريم يتعلق بنفس الملك».

فمحال؛ لأن الملك للمريض إلى أن يموت، ولهذا يصح بيعه وهبته ورهنه، وإذا كانت جارية يحل له وطؤها.

وأما حق الغريم فالمرتهن أيضًا غريم».

وقد قالوا: إن العبد المأذون الذي في رقبته دين إذا أعتقه السيد ينفذ عتقه فاجعلوا هذا مثله، ويبطل فصل النظر للغرماء بهذا. ويقال لهم: ينظروا للمرتهن ههنا.

وأما قولهم: [١٢٢/أ] إن العتق في المرض وصية بالعتق.

قلنا: بل هو تنجيز وإنما حكمه حكم الوصايا في الاعتبار من الثلث مثل سائر التبرعات.

وأما في الحال فقد صَدَرَ من المالك في ملكه حقيقة.

وأما العبد المبيع قبل القبض فإن أعتق قبل أن ينقد الثمن فيه وجهان.

وعلى التسليم لضعف حق البائع لم يمتنع العتق وههنا لقوة حق المرتهن، وهذا يسهل إثباته.

وأما البيع امتنع في المبيع قبل القبض لحق الشرع حتى لا يجوز وإن رضي البائع بخلاف مسألتنا.

وأما العبد المؤاجر إذا أعتقه المالك إنما نَفَذَ لأنه إنما امتنع عندنا

لإسقاط حق المرتهن، وهناك لا يسقط حق المستأجر.

وأما إعتاق أحد الشريكين نَفَذَ لأن إعتاقه يلاقي ملكه ثم يعتق نصيب شريكه حكمًا فلا حق في ملكه لأحدٍ بخلاف مسألتنا على ما سبق. والله أعلم.

※ (مَسْألة):

تخليل الخمر محظور عندنا[1]، ولا يفيد الحِلّ بحال.

وعندهم: هو مشروع ويفيد الحِلّ والطهارة ويصير بمنزلة الخل الذي تخلل بنفسه[2].

لنا:

حديث أنس أن أبا طلحة كانت عنده خمور لأيتام فلما حرمت الخمر قال: يا رسول الله ما أصنع بها؟ قال: (أرقها، قال: أفلا أخللها؟ قال: لا)[3]، وهذا نص في حظرية التخليل.

يبينه: أن الخمر كانت لأيتام وإنما يؤذن بالقرب من مال الأيتام على

---

(١) المهذب: ١/٧٢، المجموع شرح المهذب: ٢/٥٢٩، النكت: ورقة ١٨/ب الروضة: ٤/٧٢. معالم السنن: ٤/٨٢، قال الخطابي في المعالم: «وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وإليه ذهب الشافعي وأحمد وكره ذلك سفيان وابن المبارك..» اهـ. ينظر: المغني: ١٢/٥١٧.

(٢) مختصر القدوري: ٢/٢٢٧، المبسوط ٢٤/٢٢، رؤوس المسائل: ٣٠٨.

(٣) رواه أبو داود في سننه: ٤/٨٢ مع المعالم، باب ما جاء في الخمر تخلل. وأحمد في المسند: ٣/١١٨، ١٨٠، ٢٦٠.

طريق الأصلح والأولى، فلو كان يجوز التخليل لأرشد إليه مع ذكر أبى طلحة لذلك، وقد كان يرشد ـ صلى الله عليه ـ إلى مثل هذا ابتداءً بدليل الخبر الذي ورد في شاة ميمونة فإنه ـ صلى الله عليه ـ لما رآها ميتة أرشد إلى الدباغ، وحين لم يأذن ههنا في التخليل مع السؤال عرفنا أنه محظور.

فإن قيل: كما لم يأذن في التخليل لم يرشد إلى الإمساك ليتخلل وبالإجماع هذا مطلق مباح.

يبينه: أن الخمور كانت محترمة؛ لأنها كانت متخذة قبل التحريم فكان يجوز إمساكها للتخلل كخمور الخّلالين وحين لم يرشد إلى الإمساك دل أنه ـ صلى الله عليه ـ أمر بالإراقة لمعنىً آخر وذلك المعنى هو: أن الزمان كان زمان ابتداء التحريم، والقوم كانوا أَلِفُوا شرب الخمور واعتادوا، فأراد النبي ـ صلى الله عليه ـ زيادة مبالغة في الأمر ليُقلع القومُ عن عاداتهم ويقطعهم عن مألوفاتهم.

ألا ترى أنه أمر بكسر الدِّنان وشق الزِّقاق[1]، وكان المعنى هذا فصار النهي عن التخليل نهيًا مختصًا بذلك الزمان بمعنى اختص بذلك الزمان.

ونظير هذا أنه ـ صلى الله عليه ـ حين دخل المدينة وَجَدَ الناس قد أَلِفُوا الكلاب فأمر بقتلها ليردهم عن عاداتهم ويقطع عادتها عنهم، ثم إنه لما تراخى الزمان وتلقوا الأمر بالقبول وَتَرَكُوا ما اعتادوه أُذن في اقتناء الكلب على مخصوص، ونهى عن قتلها إلّا الأسود البهيم على ما نقل.

وقد عارضوا هذا الخبر بخبرٍ رووه أن النبي ـ صلى الله عليه ـ

(١) الزقاق: جمع زق بالكسر (الظرف). المصباح مادة (الزق).

قال: «يحل الدباغُ الجلد كالخمر تخلل فيحل»[١] وهذا نص.

قالوا: إن الخبر الذي رويتم منسوخ بهذا؛ لأن ذلك كان في ابتداء الإسلام، ألا أنه كان حين حرمت الخمر، وخبر شاة ميمونة كان بأخرة، واللفظ الذي رويناه إنما قاله ـ صلى الله عليه ـ في شاة ميمونة.

۞ الجواب:

أما الأول قولهم: «إنه لم يأمر بالإمساك».

قلنا: قد قال بعض أصحابنا: إنه يحتمل أن تلك الخمور كانت منقاة من العكر مصفاة بحيث تزداد جودة بالإمساك ولا تتخلل على ما يفعله بعض الخمّارين.

وهذا الجواب ليس بشيء؛ لأنه قوله: «أفلا أخللها»، وهذا يتناول التخليل بالمعالجة والتخليل بالإمساك جميعًا؛ لأن الكل تخليل، وقد نهى مطلقًا، وأيضًا مالا يتخلل بالإمساك لا يعرف أنه يتخلل بالمعالجة اللهم إلّا أن يغلب عليه شيء مما يصب فيه فيتلاشى الخمر بتغلبة غيره عليه، وليس الكلام في مثل هذا، إنما الكلام في تخليل بالمعالجة من صب قليل من الخل أو إلقاء ملحٍ فيه يُقَرّبُ زمان التخلل به وقد كان يتباعد لولاه فهذا موضع الخلاف.

والمعتمد من الجواب: أن تلك الخمور كانت متخذة للشرب وعندنا ما اتخذ للشرب من الخمر لا يحل بالإمساك وإن تخلّل وإنما يحل ما اتخذ

---

(١) ينظر: تخريجه في: ٣١٧، حاشية (٤).



للخل ابتداءً.

وقولهم: «إنها كانت محترمة؛ لأنها كانت اتُخِذَتْ وهي حلال».

قلنا: بلى، اتُخِذَتْ في ذلك الوقت ولكن لما حرمت زالت حرمتها وبقيت خمور الشرب لا حرمة لها؛ لأنها لم تكن لغير الشرب حين حرمت فبقيت كذلك، فوجبت [١٢٢/ب] إراقتها.

وعندنا: إنما يحل بالإمساك بما اتخذ لقصد الخل ابتداءً ويكون حله بالنظر إلى ما اتخذ له.

وأما الذي قالوه: «إنه صلى الله عليه أمر بالإراقة لمعنى كذا» فهذا حمل الخبر على النسخ، والأصل إن الشرع الوارد مسترسل على الأزمان بل متناول أهل كل زمان إلى قيام الساعة.

ألا ترى أن الحدّ الوارد لشربه استرسل على الأزمان؛ بل زيد غلظًا حين تراخى الزمان؛ فإنه كان بالنعل وأطراف الثياب؛ ثم نقل إلى السوط؛ ثم إن عمر بلغ به الثمانين.

يبينه: أنه كان المعهود من حال الصحابة المبادرة إلى الامتثال في الأوامر والنواهي ولم يعرف أنهم احتاجوا إلى زيادة زجر استغنى عنه من بعدهم بل لو قلب الأمر في هذا أو عكس كان أولى؛ لأن قلة المبالاة بامتثال الأوامر والنواهي في القرون اللاحقة كانت أكثر منها في القرن الأول، وهذا أمر ظاهر لا يخفى على أحد.

وأما قتل الكلاب، فنحن لا نقول إن قتل الكلاب كان لما قالوه بل

شرعٌ وَرَدَ ثم نسخ بشرع على ما يوجد في كثير من المواضع.

وأما كسر الدِّنان فيحتمل أنها كانت خاربة لا تصلح لشيء وعلى أن الظروف كانت محرمة في الابتداء ثم أُحلّت، وقد ورد النص في النهي والإطلاق، ولا يعرف أنه كان للمعنى الذي قالوه.

وأما الخبر الذي رووا فهو على الوجه الذي رووا من نسخ أيديهم، إنما المروي هو ما رواه الفرج بن فُضالة[(١)] عن يحيى بن سعيد[(٢)] عن عمرة[(٣)] عن أم سلمة قالت: كانت لنا شاة فماتت فقال النبي ﷺ: «ما فعلت شاتكم؟ قلنا: ماتت، قال: أفلا انتفعتم بإهابها، قلنا: إنها ميتة، قال: يحل دباغها كما يحل خل الخمر»[(٤)]، وعلى هذا الوجه نُقِلَ، وليس لهم في هذا اللفظ حجة، وعلى أنه تفرّد به الفرج بن فُضالة وهو ضعيف الحديث[(٥)]، يروي عن يحيى بن سعيد أحاديث ثم لا يتابع عليها[(٦)].

---

(١) الفرج بن فضالة بن النعمان التنوخي الشامي، ضعيف، من الثامنة، مات سنة ١٧٩هـ، روى له أبو داود والترمذي وابن ماجة. ينظر: التقريب: ٢٧٤.

(٢) يحيى بن سعيد ين قيس الأنصاري المدني أبو سعيد القاضي، ثقة، ثبت، من الخامسة مات سنة ١٤٤هـ أو بعدها، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٣٧٦.

(٣) عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة الأنصارية المدنية أكثرت عن عائشة، ثقة، من الثالثة، ماتت قبل المائة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٤٧١.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٤٩.
وروى ابن عدي في الكامل قوله: «إن الدباغ يحل من الميتة ما يحل الخل من الخمر» فقط: ٦/٢٠٥٤.

(٥) قاله الدارقطني في سننه: ١/٤٩.

(٦) قال ابن عدي في الكامل: «سمعتُ عبد الرحمن بن مهدي يقول: حدث الفرج بن فضالة عن أهل الحجاز أحاديث مقلوبة منكرة» ا. هـ: ٦/٢٠٥٤.

وقد تكلف الأصحاب في التأويل لما رووه، وقالوا: معناه: تخلل بالإمساك[1] ولا ينبغي الاشتغال به، هذا هو الكلام في الأخبار، والمعتمد هو الخبر.

وأما المعنى:

نقول تصرف في عين الخمر بالتمول فوجب أن لا يحل.

دليله: إذا باع ليتمول ثمنها.

قالوا: تصرف في عين الخمر بتمول الخل لا بتمول الخمر، وأيضًا تصرف في الخمر بإتلاف الخمرية، ووقع بهذا الفرق بين الفرع والأصل.

الجواب بما هو فقه المسألة ومعتمدها معنًى:

وهو أن التصرف في عين الخمر حرام، ونحن نعلم أن التخليل تصرف في عين الخمر؛ لأنه معالجة، ومعالجة الشيء تصرف فيه قطعًا فلو حَلّ لكان يَحِلّ؛ لأنه يكون محللًا للخمر بهذه المعالجة، والتخليل تقليب عين وتحويل طبعٍ، وهذا لا يدخل في صنع العباد فسقط إضافة التخليل إلى فعله وبقي الموجود مجرد التصرف في عين الخمر فيكون محظورًا كسائر التصرفات.

ويمكن أن يقال أيضًا حرمة الخمر لعينها؛ لأن الخمر اسم للعين والخمر محرمة فالعين محرمة ولا يتصور طهارتها إلّا بأن تنقلب عينا أخرى، ولا صنع للعبد في تقليب العين فيبطل تخليله وجعل كالعدم ولو حَلَّ كان يحل تخليله، فإذا بطل تخليله صار كالعدم واستمرت الحرمة.

---

(١) ينظر: المجموع: ٥٢٨/٢.

ونظيره: إذا قتل مُورِّثه فإن الإرث لما كان عن الميت ولا صنع للعباد في الإماتة فبطل صنعه في هذا المعنى، وصار الموت كالعدم واستمر عليه حكم الحياة فبطل الإرث.

فإن قالوا: لو صار كذلك وجب أن لا يحل للمخلل على الخصوص كما لا يرث القاتل على الخصوص.

قلنا: إنما افترقا في ذلك؛ لأن الورثة كل واحد منهم أصل في الإرث، وإنما يسقط الإرث في حق هذا القاتل لمعنىً لا يوجد في حق غيره، فاعتبر الموت الحاصل بقتله في حق غيره ولم يعتبر في حقه، وفي مسألة التخليل تملك واستحلال بعينه، والذي باشر فعل التخليل هو المتملك والمستحل، فإذا بطل حقه بطل أصلًا.

وقد قال بعض أصحابنا:

إن التخليل لا يكون إلّا بالاقتراب من الخمور، والاقتراب من الخمر حرام؛ لأنه لا يؤمن معه مواقعة المحظور من الشرب فيحرم كالخلوة بالأجنبية لما كان لا يؤمن معها مواقعة المحظور حرم؛ وهذا لأن الخمر محبوبة للطباع كالنساء محبوبات للنفوس فجاء الشرع بالمنع عن الاقتراب في الموضعين ردعًا للعباد عن الإشراف على المعاصي.

وعندي: أن المعتمد هو الأول؛ لأن الاقتراب من الخمر لا يجوز للشرب خاصة فإن الفساد في الشرب.

وقولكم: إنه لا يؤمن أن يشرب، هذا [١٢٣/أ] يوجد إذا اقترب منها

لقصد الإراقة، وعلى أن هذا القدر لا يوجب التحريم إنما يوجب الكراهة فحسب مثل الخلوة بالأجنبية، ألا ترى أنه إذا خلا بالأجنبية لغرضٍ صحيحٍ من تحمل شهادة أو مداواة فإنه يجوز، والمحظور لا يباح بهذا، دل أنه مجرد كراهة فكذلك ههنا، وجب أن يكون مجرد كراهة.

ونحن نقول: إنه يكره، والأولى أن يترك حتى يصير خلًا بنفسه؛ غير أنه إذا دنا من الخمر لغرضٍ صحيحٍ وهو إهلاك الخمرية كان جائزًا، وابتنى عليه حكم الحِلّ.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: إصلاح فاسد أو تطهير نجس فيكون مشروعًا.

دليله: دبغ[1]؛ وهذا لأن الشرع في أصله ما ورد إلّا بأمثال هذا فلا يليق به تحريمه، وإنما قلنا إنه إصلاح فاسد؛ لأن الخمرية صفة فاسدة والخَليّة صفة صالحة فالتخليل يزيل الصفة الفاسدة إلى الصفة الصالحة فثبت ما قلناه.

يبينه: أن إراقة الخمر جائزة لصفة الخمرية فإذا جاز إتلافها لصفة الخمرية جاز إتلاف صفة الخمرية، وهذا كالكافر الحربي لما جاز إهلاكه لصفة الكفر جاز إزالة صفة الكفر عنه بالدعاء إلى الإسلام لِيُسلم فيزول عنه صفة الكفر، بل إتلاف صفة الخمرية مع بقاء العين أولى بالجواز، كما أن إزالة الكفر عن الكافر بدعائه إلى الإسلام فَيُسلم أولى من قتله.

قالوا: ولأنه قد صار الخمر خلًا بالتخليل، وهذا يعرف بالحسّ والعيان

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (دبغ الجلود).

فإذا صار خلًا فلابد من الحكم بحله ؛ لأن الله تعالى قد أحل الخلول.

قالوا: وإن قلتم لم يصر خلًا وإنما صار مغلوبًا بغيره فهذه مكابرة، والمسألة فيما إذا قد صار خلًا حقيقة من غير ريبٍ ولا مريةٍ، نعم، يجوز أن يقال إذا ألقي فيه دبس[1] كثير تصير الخمر مغلوبة فأما إذا ألقي فيه الخل أو الملح وَتُرِكَ حتى صار خلًا وقد كان يصير خلًا بعد ثلاثين يومًا، والآن صار خلًا بعد عشرة أيام فنحن نقطع بصيرورته خلًا ؛ لأن الخمر من طبعها أن تصير خلًا بمضي الزمان فبهذه المعالجة تكون هذه الصيرورة أسرع، وليس من طبعها أن تصير دبسًا بمضي الزمان فإذا ألقى فيها دبس كثير صارت الخمر مغلوبة لا أنها صارت دبسًا. وههنا صارت خلًا قطعًا فهذا هو الفرق.

قالوا: ولا يجوز أن يقال لو جاز التخليل لم تجز الإراقة وحين جازت الإراقة دل أن التخليل لا يجوز ؛ لأن عندنا إنما تجوز الإراقة على مالا يؤمن بشربه فأما إذا أَمِنَ عليه من الشرب وقال: أنا أخلل بترك حتى تخلل.

فإن قلتم ينبغي أن يحال بينه وبين الخمر وتخلل عليه.

فليس هذا بصحيحٍ ؛ لأنه لا يجب على الإمام أن يباشر أمثال هذا، كما لا يجب عليه دبغ جلد الميتات إنما عليه أن يُخْلَى الإنسان وفعلَ هذا إن أُمِنَ منه مواقعةَ المحظور وإن لم يؤمن يُراق عليه، وعلى أنه يدخل على ما قلتم الإمساك فإنه لو أمسك حتى تخلل فإنه يحل وإن كانت الإراقة جائزة وإذا كان جواز الإراقة لم يمنع ثبوت الحِليّة بالإمساك كذلك لا يمنع ثبوته بالتخليل.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن في التخليل إفساد صالح وهو إذا ألقي فيه

---

(١) الدبس بالكسر: عصارة التمر. المصباح المنير (الدِبس).



من الملح والخل ؛ لأنه وإن كان كذلك لكنه لغرضٍ صحيحٍ وهو تفويت صفة الخمرية فجاز ذلك ولا ينظر: إلى فساد ما يلقيه فيه لما عارضه إصلاح ، وهذا كالبذر يلقيه في الأرض فإنه يفسد بلا إشكال ولكن لما أدّى إلى إصلاح وكان الإفساد لغرضٍ صحيحٍ جاز فعله.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن ما يلقيه في الخمر ينجس وتبقى نجاسته وإن صار خلًا فيكون الخل نجسًا بنجاسته كالخل النجس ببول يلقيه فيه أو بفأرة تقع فيه ، فإن الخمر وإن صارت خلًا حقيقة يكون نجسًا ، هذا لا يصح ؛ وذلك لأن الملقى فيه وإن صار نجسًا لكن صار نجسًا بالخمر ، والخمر كلها قد انقلبت خلًا. وإذا صارت جميع أجزاء الخمر خلًا لم يكن بد من طهارة ما ألقي فيه؛ لأن المنجس قد زال وهذا كالدّنِ فإنه ينجس بالخمر ثم إذا انقلب الخمر خلًا طهر الدّن؛ لأنه ينجس بأجزاء الخمر وتلك الأجزاء إذا انقلبت خلًا فلم يكن بد من الحكم بطهارة الدّن وليس كما لو تنجس الملقى فيه ببولٍ؛ لأن البول لا ينقلب خلًا بحال بخلاف الخمر. ألا ترى أن الدّن لو كان نجسًا ببول لم يطهر وأيضًا بتخلل الخمر.

وأما قولكم: «إن الخمر لا تصير خلا إلّا بتحويل طبع أو بتغليب عين».

قال: ليس كذلك ، بل إنما تصير خلًا بتبديل صفة فحسب ؛ لأن الشَّدة صفة للعين وليست بنفس العين بل هذا المانع إذا [١٢٣/ب] كان عصيرًا أو خمرًا أو خلًا فالعين واحدة في الكل ، إنما الصفة تتبدل وهو مثل الدبيغ ، فإنه لا يوجد به إلّا تبديل صفة وكذلك الثوب النجس يغسل لا يوجد به إلّا تبديل صفة فِالشَّدة في الخمر كالزَّهومة في الجلد.



وعلى أن غاية ما في الباب أن نثبت لكم أن التخليل محظور، ولكن إذا صار خلًا بأي جهةٍ كان فلابد من الحكم بحله، ولا ينظر: إلى حظرية السبب، وهذا كَمَنْ ذبح شاة الغير تَحِلّ وإن كان الذبح ههنا معصية، وكذلك أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت، وَمَن له الدين إذا قتل مَنْ عليه الدين فإنه يسقط الأجل وتتوجه المطالبة.

قالوا: وأما حرمان الإرث فهو عقوبة على جناية، والعقوبة لا تتأخر إذا وجدت الجناية، ولهذا تختص بالقاتل.

وأما عدم الحِلّ عندكم ليس على طريق العقوبة بل لانعدام سبب الحِلَّ؛ ولهذا المعنى لا يحل لمباشرٍ التخليل ولا لأحدٍ من الناس، وإذا كان عندكم فوات الحل لانعدام السبب، وقد بينا وجود السبب، واعتمدوا على التخليل في الإمساك أيضا وهو معتمد؛ لأنه نوع تخليل مثل المعالجة التي اختلفنا فيها هي نوع تخليل.

❁ **الجواب:**

قولكم: «إصلاح فاسد».

قلنا: بل هذا في الحال إفساد صالح وهو إفساد ما يلقيه فيه.

والذي اعتذروا عند يقال عليه:

إنه لا حاجة إلى إفساد هذا الصالح بل ينبغي أن يصبر حتى يصير خلًا بنفسه.

فإن قالوا: له حاجة إليه وهو استعجال الخلّيّة فإن التخلل يتباطأ[1] فيعالج حتى تتعجل الخلّية.

قلنا: بمثل هذا لا يجوز مباشرة نجس ولا إفساد طاهر، وليس كما ذكروا من إلقاء البذر؛ لأن هناك ضرورة فإنه لا يصل إلى الرَّيع إلّا به بخلاف مسألتنا فإنه يصل إلى الخل بدون التخليل، وليس كإنضاج الثمار النَّية حيث يباح؛ لأنه تصرف لاقى نجس، وهذا تصرف في نجس، وهم يقولون تصرف في نجسٍ لكن لتطهير المحل منه.

ثم الجواب المعتمد: أن قولهم: «إصلاح فاسد»، ممنوع؛ لأن الإصلاح والصلاح يعرفان بالشرع فإذا صار السبب محظورًا شرعًا لمعنىً لم يبق وجهُ الصلاح بحال؛ وهذا لأنه إذا تخلل بنفسه لا نقول حَلَّ بزوال الشِّدة بل شرعًا عند زوال الشِّدة.

وأما قولهم: «إن الخمرية صفة فاسدة والخلّيّة صفة صالحة».

قلنا: إذا حصلت بنفسها، فإذا حصلت بالتخليل فهي صفة فاسدة.

وقولهم: «إنه تباح الإراقة لصفة الشِّدة...» إلى آخر ما قالوا.

قلنا: لو كان هذا كمسألة الحربي وجب أن لا تجوز الإراقة في موضع بتسهل طريق التخليل، كما لا يجوز قتل الكافر عند تسهل الدعوة ولا خمر في العالم إلّا ويمكن تخليلها فلا خمرَ إذًا تجوز إراقتها، وعلى أنا نقول بلى، بالتخليل تزول الشِّدة عن المحل لكن بطريق محظور شرعًا، وأسباب

---

(١) في المخطوط: يتباطى.

الإصلاحات والتطهيرات ما لم تكن مشروعة شرعًا لا تفيد صلاحًا ولا طهارة.

فإن قالوا: هذا لا يجوز أن يكون غير مشروع.

قلنا: يجوز لما بيّنا من المعنى.

وأما قولهم: «إنه قد صار خلًّا».

قلنا: إن عنيتم محسوسًا فمسلم، وإن عنيتم حكمًا فلا؛ لأنه باقٍ[1] على الخمرية في الحكم.

وقولهم: «إن الشرع أباح الخلول».

قلنا: بلى، ولكن لا كُلَّ خلٍّ، وإنما أباح خلًّا حصل بالتخلل فأما بالتخليل ففيه تنازعنا.

وأما قولهم: «إن في التخليل إزالة الصفة فحسب».

قلنا: لا شك إنه تبديل طبع وإن ادّعينا تبديل العين فهو كذلك أيضًا لما بيّنا أن عينه محرمة؛ لأن عينها خمر فلا يتصور طهارتها إلّا بانقلاب العين عينًا أخرى، وبهذا فارق دباغ الجلد؛ لأن عينه جلد، والجلد أصله على الطهارة وإنما ينجس بصفةٍ حلّت فيه فيكون الدبغ إزالة صفة فاسدة من محلٍ، أو نقول جلد الحيوان طاهر والدباغ عمله في إعادة طهارة الحياة في الجلد، وأما في مسألتنا فإن عين الخمر نجسة لما بيّنا أنها خمر وإذا تخلل لا يبقى خمرًا، والجلد إذا دُبِغَ يكون جلدًا ويبقى جلدًا على ما كان.

ويمكن أن يقال: إن الدباغ مأمور به والتخليل منهي عنه، والجمع بين

---

(١) في المخطوط: باقي.

هذين باطل، والاعتماد على الأول معنًى.

فإن قالوا: هَبْ أنه تقليب عين لكنه يجوز أن ينسب إلى الآدمي إذا وجد منه السبب كالقتل يُضاف إلى الآدمي وهو موت لوجود سبب منه، وكذلك خروج الفرخ بتحضين الدجاجة.

قلنا: لا ينسب إليه سوى الجرح وسوى مباشرة [١٢٤/أ] التحضين، وأنتم أضفتم إليه ههنا التخليل ولا يجوز؛ لأنه لا يُضاف إلى العبد ما ليس من صنعه بحال.

وأما قولهم: «إن سلمنا الحظرية ولكن قد صار خلًا».

قلنا: إذا سلمتم الحظرية فقد سلمتم المسألة؛ لأن المشروع لا يثبت إلّا بسببٍ مشروعٍ.

وأما ذبح شاة الغير فعينه مشروع في الجملة ـ أعني التذكية ـ، لكن نهى عنه؛ لأنه صادف ملك الغير وههنا التخليل غير مشروع بحال.

وأما مسألة أم الولد إذا قتلت سيّدها فإنما عتقت؛ لأن سبب العتق الاستيلاد والاستيلاد مشروع وإنما الموت شرط، والشرط يجوز أن يكون محظورًا، إنما الكلام في السبب المحظور أنه لا يجوز أن يفيد الإباحة؛ وهذا لأن الأحكام يُحال بها على أسبابها لا على شرائطها.

وكذلك الجواب عن مسألة حلول الدين؛ لأن المطالبة متوجهة بعقد المعاملة الذي سبق لا بمضي الأجل الذي يوجد.

وأما فصل الإمساك:

قلنا: إنما أبحنا الخل بالإمساك فأبيح الإمساك لأجل ضرورة الوصول إلى الخلّ المباح شرعًا ولا ضرورة في التخليل بالمعالجات فكان حرامًا بالمعنى الذي قدمنا.

يبينه: أن المعالجة تصرف حقيقة في الخمر، والإمساك يشبه الإعراض عن التصرف والانتظار لما يؤول إليه بصنع الله تعالى.

وأما نقل الخمر من الشمس إلى الظل أو من الظل إلى الشمس فقد قال بعض أصحابنا:

هو مثل المعالجة، والأصح أن به لا يحرُم؛ لأنه ليس بمعالجة في عين الخمر وهو من توابع الإمساك.

وقد قال بعض أصحابنا: إن بالإمساك لا يحل الخمر أيضًا وذكروا في إباحة الخلّ طريقًا بعيدًا، والمعتمد من الجواب ما سبق، وما سواه باطل.

والله أعلم

※ (مَسْأَلَة):

ولد الجارية المرهونة لا يكون مرهونًا عندنا[١].

وعندهم: يكون مرهونًا مع الأم[٢].

---

(١) المهذب: ١/٤٠٨، الروضة: ٤/١٠٢، المنهاج مع المغني: ٢/١٣٩، النكت: ورقة ١٥٠/ب. الحاوي: ٦/٢٠٨، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني ٦/٤٥٩.

(٢) مختصر القدوري: ١/٣٠٤، المبسوط: ٢١/٧٥، البدائع: ٨/٣٧٢٥.



لنا:

أن الجارية وولدها محلان ينفصل أحدهما عن الآخر في الرهنيّة، فرهن أحدهما لا يوجب رهن الآخر، كما لو رهن الجارية بعد ما انفصل عنها الولد؛ وهذا لأنه لم يرهن الولد فلو صار رهنًا لصار رهنًا برهن الأم وهذا لا يجوز؛ لأن الأم صارت رهنًا بمباشرة المالك رهنها وهو إنما باشر رهن الجارية ولم يباشر رهن الولد فلم يصر الولد رهنا؛ لأن سبب ثبوت الرهن فيه لم يوجد، وهذا لأن ما يثبت بإثبات المالك يثبت في المحل الذي يثبته فيه ولا يثبت في المحل الذي لم يثبته فيه مثل سائر ما يثبته من عقد أو ملكٍ أو حقٍ.

وقد تعلق الأصحاب بالجارية الجانية إذا ولدت ولدًا لا يسرى إليه حكم الجناية، وقالوا: ليس موجب عقد الرهن في الجارية إلّا تعينُها لقضاء حقٍ منها، وهذا لا يوجب سراية ما يتعلق بالجارية إلى الولد.

دليله: مسألة الجناية، والأول هو المعتمد.

وأما حجتهم:

قالوا: حق لازم تعلق بعين الجارية فيسري إلى الولد.

دليله: الملك والاستيلاد، وهذا لأن الولد حدث من محل الحق فيسري إليه الحق كما يسري إليه الملك.

والدليل على أن الولد حَدَثَ من محل حق المرتهن أن محل حق المرتهن عين الجارية؛ لأن حقه الجنس أو ملك اليد وهو ثابت في عين الجارية.




يدل عليه: أن الرهن حق مالي فيشبه أصل المالية ثم أصل المالية يسري من الجارية إلى الولد، كذلك هذا الحق.

قالوا: وأما ولد الجانية فليس هناك حق متعلق بعين الجارية إنما الواجب على السيد إمّا الدفع وإمّا الفداء، فأمّا أن يتعلق بعين الجارية فلا.

وربما يقولون: إن الواجب على السيد هو الأرش إلا أنه يتخلص بدفع العبد الجاني أو الجارية.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا فصل الضمان، فإن عندنا لا يكون الولد مضمونًا وإن كان مرهونًا؛ لأنا نقول: إن الولد مرهون ولكنه مرهون تبعًا لا أصلًا، فلم يوجب ثبوت الضمان كالولد[1] المبيعة لما كان مبيعًا تبعًا لا أصلًا لم يكن مضمونًا على ما سبق في مسألة زوائد المبيعة.

۞ الجواب:

إن الأول مجرد تعلق بصورةٍ فلا يكون دليلًا لثبوت الحكم، وهذا لأن الكلام في هذا أن هذا الحق اللازم المتعلق بعين الجارية هل يسري إلى الولد أو لا؟

وعلى أنا لا نسلم أن حق المرتهن متعلق بعين المرهون على ما سبق بيانه.

والمعتمد من الجواب: أن الولد وإن حصل من عين الجارية ولكن حق الرهن عارض في المحل يثبت بإثبات مالكه فيه فيثبت في المحل الذي يثبته

(١) كذا في المخطوط، ولعله: كَوَلَد.




فيه، وهذا لأن الجارية مملوكة للراهن فالولد مملوك له، وهو إنما رهن الجارية دون الولد فتصير الجارية [١٢٤/ب] رهنًا دون الولد.

واعلم أنه ليس لهم كلام يرد على هذا الفصل سوى الملك والاستيلاد، ونحن نقول: إن الملك في الجارية هو الرق، والحرية والرق صفتان أصليتان للجارية على معنى آنه لا يتصور خلوها عن أحدهما إمّا الرق وإمّا الحرية وتفوت إحداهما إلى الأخرى، وهذا بخلاف الرهنيّة فإنها صفة عارضة تثبت بعقد عاقدٍ وإثبات مثبتٍ.

وإذا عرف هذا فنقول: الولد إذا وُلِدَ فلابد أن يكون على إحدى الصفتين إمّا الرق أو الحرية، فرجحنا الصفة التي عليها الأم على الأخرى؛ لأنها صفة أصل الولد فترجحت ثبوتها لأصله على الصفة التي ليست ثباتُه لأصله.

وأما صفة الرهنيّة لما كانت عارضة ثبتت بعقد عاقدٍ وإثبات مثبتٍ فنظرنا إلى المحل الذي عقد عليها العقد والمحل الذي أثبت فيه الحق فثبت فيه ولم يثبت في غيره، وكذلك الاستيلاد؛ لأن الثابت حق العتق وحق العتق ينزل منزلة حقيقة العتق، ولأنه حق العتق يثبت لثبوت حقيقته فيلحق بها وهي صفة أصلية للمحل على ما سبق بخلاف مسألتنا، وهذا الجواب معتمد وما سواه فليس بشيء.

وأمّا الإلزام بفصل الضمان، فلازم وهو مناقضة على أصولهم وقلة ضبطه لما يوجبه المذهب.

وقوله: «إنه دخل في الرهن تبعًا».



قلنا: أدخله في الضمان تبعًا ؛ لأن ما كان أصلًا يكون الضمان فيه أصلًا ، وما كان تبعًا يكون الضمان فيه تبعًا ، فأما إخلاؤه عن الضمان أصلًا وإدخاله في الرهن حقيقة فمناقضة بينة. والله أعلم.

※ (مَسْأَلة):

الرهن عندنا أمانة[1].

وعندهم: مضمون بالأقل من قيمته ومن الدَّين وتفسيره معلوم[2].

لنا:

قوله ﷺ: (لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غُنمه وعليه غُرمه)[3].

والاستدلال من قوله: (لا يغلق الرهن) وفيما قالوه نوع إغلاق فإن الإغلاق عند أهل الجاهلية كان هو أن يصير الرهن بدينٍ بشرطٍ عندهم.

وإذا قالوا: إنه إذا هلك الرهن يسقط الدين أشبهه لفوات الافتكاك في الموضعين.

والاستدلال الثاني: من قوله ـ ﷺ: (وعليه غرمه) أي هلاكه.

---

(١) الأم: ١٤٨/٣ ، المهذب: ٤١٧/١ ، النكت: ورقة: ١٥٣/أ، الروضة: ٩٦/٤ ، الحاوي: ٢٥٣/٦ ، وهو قول الحنابلة وقال المالكية يضمن ما يخفى هلاكه مثل الذهب والفضة ولا يضمن ما لا يخفى هلاكه مثل الحيوان والعقار. ينظر: المغني ٤٥٣/٦ ، الإشراف ٧/٢.

(٢) مختصر القدوري: ٣٠٣/١ ، شرح معاني الآثار: ١٠٤/٤ ، المبسوط ٦٤/٢١ ، ٦٥ ، البدائع: ٣٧٦٠/٨ ، أحكام القرآن للجصاص: ٤٢٦/١.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣٢/٣ ، ٣٣.

وهم رووا أن النبي ـ ﷺ ـ قال: (الرهن بما فيه)[1].

ورووا أنه قال: «ذهبت الرهان بما فيها»[2].

ورووا أن رجلًا رهن فرسًا عند رجل بدين له عليه فنفق الفرس فرفع إلى النبي ـ ﷺ ـ فقال: «ذهب حقك»[3].

ونحن نقول:

إن الأول من قول شريح وليس من قول رسول الله ـ صلى الله عليه ـ[4] وقد تفرد برفعه إسماعيل بن أمية[5] قالوا: «وهو وضاع للحديث»[6].

وكذلك اللفظ الثاني.

وأما الخبر الذي رووا فيه أنه ـ ﷺ ـ قال: (ذهب حقك).

رواه عطاء مرسلًا[7]، والمرسل ليس بحجة.

وقيل معنى قوله: «ذهب حقك» أي من الرهن يعني أن لا تطالب بغيره[8].

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٣٢، ٣٤ باب الرهن.

(٢) رواه الطحاوي في معاني الآثار من قول شريح: ٤/١٠٣.

(٣) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠٢.

(٤) ذكر ذلك الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠٣.

(٥) إسماعيل بن أمية الزارع ويقال ابن أمية ـ كما ذكر الدارقطني في سننه ـ حدث عن أبي الأشهب العطاردي تركه الدارقطني. لسان الميزان: ١/٣٩٤.

(٦) قاله الدارقطني في السنن ولفظه: «إسماعيل هذا يضع الحديث، وهذا لا يصح». ٣/٣٢، ٣٤.

(٧) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠٢.

(٨) قاله الشيرازي في نكته: ورقة ١٥٣/ب.

وأمّا المعنى الذي نقول: الضمان لا يثبت إلا بسببٍ مخيلٍ في إثبات الضمان كالغصب لما كان مخيلًا في إثبات الضمان لكونه تعدّيًا أوجب الضمان، وكذلك عقد البيع، لأنه عقد ضمان، وكذلك العارية على ما سنُبين، وقبض الرهن ليس بمخيل في إيجاب الضمان.

لأن الرهن إن كان موجبه ما قلنا من ثبوت استيفاء الدين من الرهن وتعيّنه لذلك فهذا لا يدل على وجوب الضمان كما لو دفع إلى إنسان عبدًا ليبيعه ويستوفي منه دينه، أو دفع إليه كيسًا ليقبض منه حقه.

وإن كان موجبه ما قالوا: من ملك اليد وثبوت الحبس فلا يدل أيضًا على الضمان، لأن ثبوت حبس مال الغير ليس فيه معنىً يشعر بوجوب الضمان على الحابس، وهذا لأن الرهن على المذهبين وثيقة، وجعل الرهن مضمونًا يضاد الوثيقة، لأن توثيق ا لحق تأكيده وإثبات زيادة على ما كان من قبل في وجوب وصول زائد مثل الكفالة، أو لإثبات نفس وصول زائد، والوجوب على ما كان من قبل مثل الرهن.

فإذا قلنا: إن الدين يسقط بهلاك الرهن أثبتنا له ضد الوثيقة لأن فيه توهين الدين وجوبًا واستيفاءً.

أمّا الوجوب فلأنه يفوت الوجوب بهلاك الرهن وقد كان لا يفوت من قبل.

وأمّا الاستيفاء فلأنه لم يكن بد من وصول عين إلى يد المرتهن ليصير مستوفيًا، وإذا صرنا إلى ما قلتم يصير مستوفيًا دينَه بهلاك الرهن من غير أن يصل إليه شيء.

وإذا ثبت هذا فنقول:

لا يثبت بالعقد ضد مقتضاه.

دليله: سائر العقود، ونقول أيضًا: إن كان المرهون مضمونًا فلا يخلو: إمّا أن يكون مضمونًا بالقيمة أو بالدين [١٢٥/أ] فإن كان مضمونًا بالقيمة فيجب أن يكون مضمونًا بجميع القيمة وإن كان مضمونًا بالدين فلا يجوز، لأن الدين لم يجب بهذا العقد فكيف يكون المرهون مضمونًا بالدين فسقط الضمان أصلًا.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: المستوفى بالدين مضمون، فالمقبوض بوثيقته مضمون، وإنما قلنا إن المستوفى بالدين مضمون، فإنه لو كان له على إنسان ألف درهم فقبضها يكون مضمونًا عليه ثم إذا وَجَبَ عليه مثل ما وَجَبَ له على صاحبه التقيا قصاصًا، ولهذا إذا ظهر أن لا دين يكون المقبوض مضمونًا على القابض، ولهذا إذا اشترى بالدين ممن عليه شيئاً وقد ظهر أن لا دين لا يبطل البيع، وإذا ثبت هذا فنقول: الرهن وثيقة للاستيفاء فيثبت في الحال ملك اليد على وجهٍ يصير ذلك وسيلةً إلى حقيقة الاستيفاء فإن الوثيقة لما شرعت مؤكدة لما جُعِلَتْ وثيقة له فوجب أن تكون مفضيةً إلى حقيقة الاستيفاء.

قالوا: وبهذا يعترض على قولكم إن ما قلتم يؤدي إلى ضد الوثيقة لأنا لا نقول إن الدين يسقط بهلاك الرهن بل نقول يصير مستوفيًا للدين، وإذا جعلناه مستوفيًا للدين فلا يؤدي الضمان إلى تخطير الدين وتوهينه بل يكون مؤدّيًا إلى استيفائه لكن حكمًا.

وحرفهم:

أن حقيقة قبض الاستيفاء لما أوجبت حقيقة الضمان، فكذلك قبض جهة الاستيفاء يوجب انعقاد جهة الضمان، فكما انعقد عقد استيفاء يفضي إلى حقيقة الاستيفاء، فكذلك وجب أن ينعقد به عقد ضمان يفضي إلى حقيقة الضمان بالهلاك، ثم ننظر في ضمانه إلى جهته فإذا كان الضمان لجهة الاستيفاء فنقدر ما يتصور استيفاؤه من هذا العين تكون العين مضمونة به هذا إذا كان الدين أكثر من القيمة وإن كان الدين أقل من القيمة يكون مضمونًا بقدر الدين، لأن الاستيفاء وجب في ذلك القدر.

قالوا: وإنما جعلناه مستوفيًا دينه حكمًا بهلاك الرهن ليتحقق اقتضاء عقد الاستيفاء إلى حقيقة الاستيفاء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال كيف يتصور استيفاء دينه وهو دراهم أو دنانير أو حنطةٍ أو ثوب في السلم من غير عبدٍ أو جارية أو خشبة؟

قال: لأنا لا نقول: يصير مستوفيًا من عينه، بل إنما يصير مستوفيًا من معناه، ومعناه هو المالية، والأموال متجانسة في المالية، وإنما يثبت الاستيفاء حكمًا لأجل ما سبق من عقد الضمان بالطريق الذي بيّنا، وعقد الضمان كان باعتبار عقد استيفاء الدين فينظر: إن كان الدين دراهم صار الرهن مضمونًا بالدراهم، وإن كان دنانير فبها، وإن كانت حنطة فبها، وإن كان ثوبًا فبه، ثم إذا هلك وتقرر عليه الضمان بالهلاك حصل الاستيفاء بالمقاصّة مثل ما يكون عند حقيقة الاستيفاء، وهذا لأن التقويم في الأشياء إنما جُعِلَتْ بالدراهم والدنانير لأن التقويم بها أسهل، وليس في هذا ما يوجب الحجر عن التقويم

بشيء آخر، فإذا رهن بحنطة أو بثوب وقد أوجب العقد الضمان بالطريق الذي سبق فكأنهما اصطلحا على أن يجعلا العين متقومة بحبس الدين فعند الهلاك يتقرر عليه ما اصطلحا على التقويم به ثم الاستيفاء بالمقاصّة، هذا غاية الإمكان في تقدير كلامهم.

وقد قال بعضهم: لما كان موجب عقد الرهن ملك اليد وهو بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء، فإذا ثبت له بعض حقه وذلك البعض لا يجوز أن يثبت مرة أخرى فإذا أبقينا الدين واستوفاه أوجبنا له ملك اليد مرتين، وهذا لا يجوز فسقط الدين ضرورة، وهذا بخلاف ما إذا كان الرهن قائمًا لأنه يسترد الرهن فيرتد ملك اليد الذي وجب له ثم حينئذٍ يستوفى فيثبت له ملك عينٍ وملك يدٍ مرة واحدة فلا يؤدي إلى تثنية الواجب له، بخلاف ما إذا هلك لأنه لا يتصور ارتداد ملك اليد وقد تم ملك اليد بالهلاك وانتهى فيؤدي بقاء الدين وإيجاب إيفائه إلى ما ذكرناه.

وقد تعلق مشايخهم بالمقبوض على سوم البيع فإنه مضمون باعتبار جهة عقد البيع، وكذلك المبيع قبل القبض مضمون باعتبار ثبوت حبسٍ بدينٍ بعقدٍ، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون كذلك.

۞ الجواب:

إن الكلام على ما سبق، وقد بيّنا أنه لم يوجد ههنا سبب مخيل في إيجاب الضمان.

وأمّا كلماتهم فكلها مبنية على أصل ممنوع وهو أنهم قالوا: «إن المقبوض



على حقيقة الاستيفاء مضمون».

ونحن لا نسلم هذا، وإذا استوفى دينًا له على إنسان لا يكون مضمونًا عليه بل [١٢٥/ب] استيفاء الدين يكون كذلك.

ونقول: بقبضه استوفى عين حقه، ألا ترى في السَّلم إذا قبض فقد استوفى عين حقه، لأن قبض المسلم فيه بغيره لا يجوز، والشيء إما أن يقبض بنفسه أو بغيره، ولا يتصور ما سوى هذين فإذا لم يصر قابضًا له بغيره فعلى القطع نعلم أنه يصير قابضًا له بعينه.

وأمّا قولهم: «إنه لو ظهر أن لا دين يكون المقبوض مضمونًا».

هو عندهم وكذلك مسألة الشراء على مذهبهم.

وعندنا: إذا ظهر أن لادين بطل البيع، والمعنى يدل على ما قلناه، لأنه ليس في قبض حقه عن غيره دليل على ثبوت ضمان عليه.

يبينه: أن مَنْ قبض له عينًا عند إنسان لا يكون مضمونًا عليه فإذا قبض دينًا له عليه لا يكون مضمونًا عليه أيضًا.

فإن قالوا: أليس أن المشتري إذا قبض المبيع يكون مضمونًا؟

قلنا: قد كان مضمونًا بالعقد لأجل الالتزام الموجود منه وينتهي بالقبض، فأما أن يجب ضمان بقبض حقه محال، وإذا سقط هذا الأصل الذي قالوا وجميع كلامهم بناءً عليه سقط الجميع.

وأمّا فصل المقاصّة: فهو على أصولهم، وعندنا لا مقاصّة في موضعٍ




ما، وإن سُلّم لهم على أحد الوجوه في موضعٍ، فلا نقول به بالطريق الذي ذكروا بل نترك الاستيفاء في كلا الدينين لعدم الفائدة عليه، ويصير في التقدير كأن كل واحد منهما أبرأ صاحبه عن الدين الذي له عليه، ثم يقال لهم هذا الضمان الذي قلتم يؤول إلى استيفاء الدين أو سقوطه. فإن قالوا: يؤول إلى سقوطه.

نقول: من أيّ وجهٍ يؤول إلى سقوطه؟ فإن قلتم: لأنه صار مضمونًا بالدين فوجب أن يسقط كل الدين، وأيضًا فإن الدين وجب بعقدٍ سابقٍ فكيف يصير مضمونًا به؟ وهذا لأن السبب الذي وجب به الدين لم يرتفع ولم ينفسخ كيف يسقط الدين؟

وبهذا فارق المبيع فهلك قبل القبض، لأن هلاكه يوجب انفساخ العقد الذي وجب به الثمن فلهذا سقط، وعلى أن السقوط ليس لهم بمذهبٍ، فإنه لو ارتهن برأس المال وهَلَكَ في المجلس عندهم: يَتِمّ السَّلم وبالسقوط لا يَتِمّ السَّلم إنما بالاستيفاء يَتِمّ، حتى لو أبرأ عن رأس المال قبل القبض بطل السَّلم عندهم.

وإن قلتم يصر مستوفيًا لدينه فبأيّ وجهٍ يصر مستوفيًا؟

إن قلتم بعين الرهن فلا يتصور، وإن قلتم بمعناه، فالمعنى هو معنى العين فإذا لم يصر مستوفيًا لعينه فلا يتصور مستوفيًا لمعناه، ولأن الاستيفاء من معناه إنما يكون ببيعه وقبض ثمنه عن دينه، فأين هذا حتى يصر قابضًا لمعناه؟

يبينه: أن المرهون هو العين لا معناه فقبض جهة الاستيفاء إنما يتناول



العين فإن كان يفضي إلى الاستيفاء فينبغي أن يفضي إلى استيفاء عينه وأيضًا فإنه يفضي إلى الاستيفاء بسببٍ جديدٍ وهو البيع، والاستيفاء المشاهد، فقولوا يفضي إلى الضمان بسببٍ جديدٍ، وعندهم ذلك القبض الأول أفضى إلى الضمان وذلك القبض لم يفضِ إلى استيفاءٍ فبطل جميع ما قالوه، ولم يبقِ لهم في المسألة متعلق أصلًا.

وأمّا مسألة المقبوض على السَّوم، فنحن إنما أوجبنا الضمان هناك بإجماع الصحابة فإنه روى أن عمر ركب فرسًا (يشوره أيْ يستخرج منه سيره) ليبتاعه فَعَطَبَ تحته، فحكّم شريحًا فقضى عليه بالضمان بحضرة الصحابة وَقَبِلَه عمر رضي الله عنه، ولم ينكر عليه أحد[1].

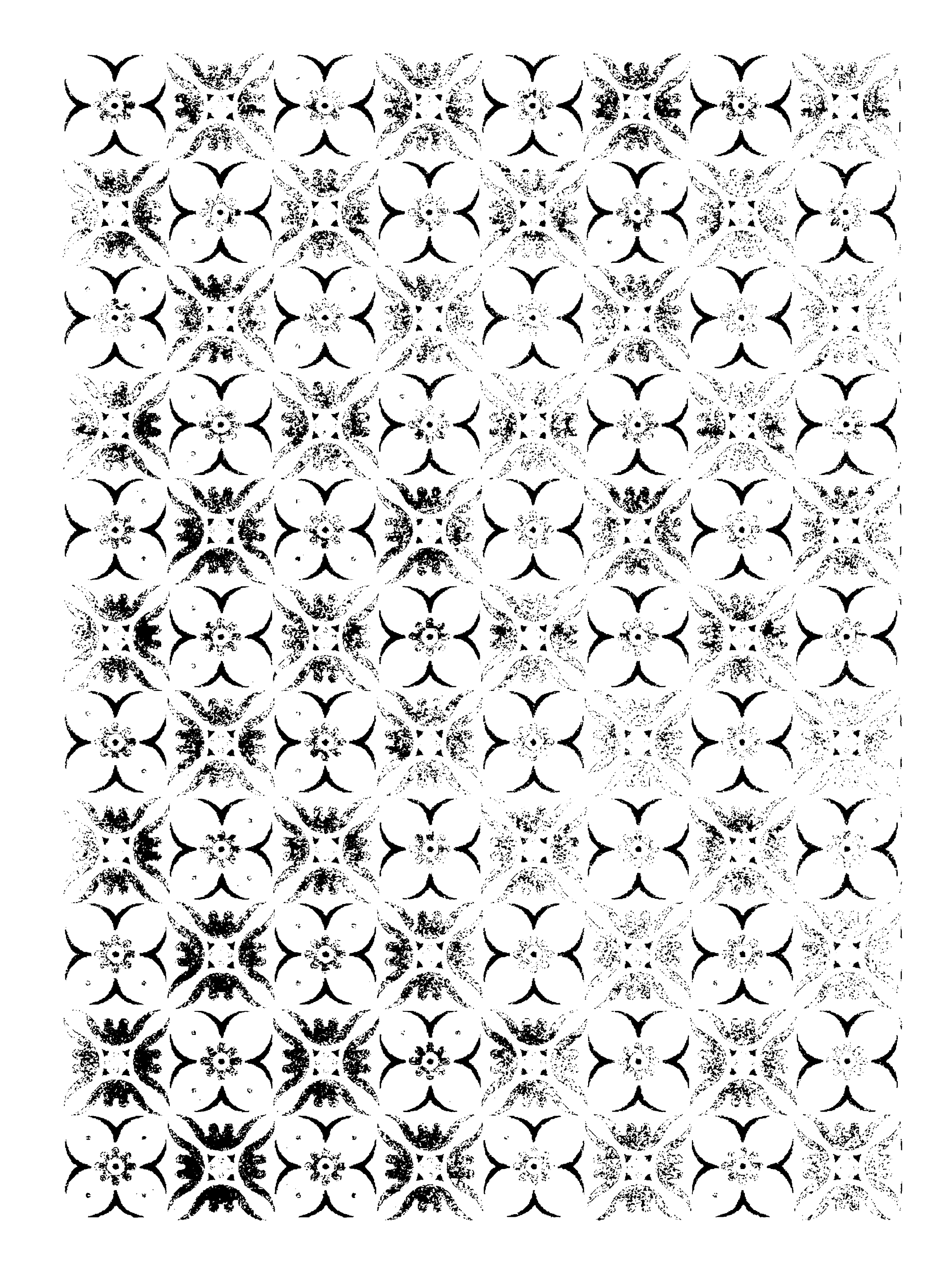
وعلى أن هناك قبضه ليملك عينه، وههنا لم يقبض الرهن لاستيفاء عينه، وأيضًا ذلك التملك إذا تحقق كان موجبًا للضمان، وههنا قد بينا أن الاستيفاء لو تحقق لم يجب الضمان.

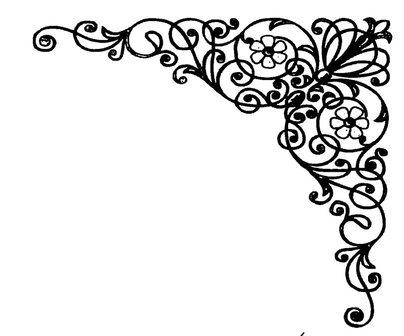
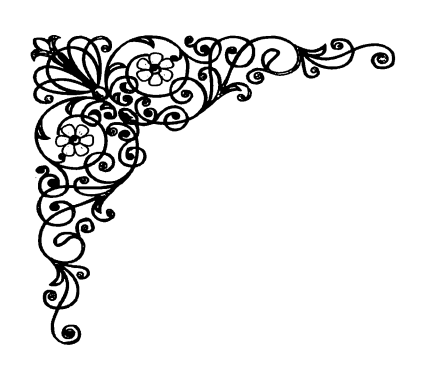
وفي المسألة إلزامات مذهبية على أصولهم أعرضنا عنها لفقد الحاجة إليها.

والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) رواه عبد الرزاق (١٤٩٧٩، ٨/٢٢٣ ـ المكتب الإسلامي)، وابن أبي شيبة (٣٦٠٠٦، ٧/٢٧١ ـ ط الرشد)، ومحمد بن الحسن في الأصل (١١/١٩٠ ـ ط دار ابن حزم).



كتاب

※ (مَسْأَلة):

إذا أفلس[(١)] الرجل في حال الحياة أو مات مفلسًا، وفي يده سلع لباعةٍ ولم يكن أوفى ثمنها فالباعةُ أولى بالسلع من سائر الغرماء ويفسخون العقد ويستردونها[(٢)].

وعندهم: الباعةُ وسائر الغرماء واحد وليس لهم حق على الاختصاص[(٣)].

✤ لنا:

حديث أبي هريرة أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: (أيّما رجل أفلس فأدرك رجل [١٢٦/أ] ماله بعينه فهو أحق به)[(٤)].

---

(١) الإفلاس شرعًا: جعل الحاكم المديون مفلسًا بمنعه في التصرف في ماله. ينظر: مغنى المحتاج ١٤٦/٢.

(٢) الحاوي الكبير: ٢٦٦/٦، المهذب: ٤٢٥/١، النكت: ورقة ١٥٣/ب، الروضة: ١٤٧/٤، شرح صحيح مسلم للنووي: ٢٢٢/١٠.
وهو قول مالك وأحمد وعروة بن الزبير والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور، وابن المنذر، وروي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة.
ينظر: المغني: ٥٣٨/٦، معالم السنن: ٧٩٠/٣، شرح السنة للبغوي: ١٨٧/٨.

(٣) مختصر الطحاوي: ٩٥، مختصر القدوري: ٣١٩/١، الهداية: ٢٨٧/٣، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٥٩٩/٢، شرح معاني الآثار: ١٦٧/٤.

(٤) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٨١/٥ مع المنتقى، باب ما جاء في إفلاس الغريم.
وأبو داود في سننه: ٧٩٠/٣، ٧٩١ مع المعالم، باب في الرجل المفلس فيجد... =

وفي رواية أخرى (من أدرك ماله بعينه عند رجلٍ أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)[١].

وروى الثوري[٢] عن يحيى[٣] بن سعيد قال: أخبرني أبو بكر[٤] بن محمد ابن عمرو بن حزم أن عمر[٥] بن عبد العزيز حدّثه أن أبا بكر[٦] بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام حدّثه[٧] أنه سمع أبا هريرة يقول: قال

= والبغوي في شرح السنة: ١٨٦/٨، باب من اشترى شيئاً ثم أفلس...
والبيهقي في سننه: ٤٥/٦، باب المشتري يفلس بالثمن.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٢٦٤/٨ رقم: ١٥١٦.

(١) روى هذه الرواية البخاري في صحيحه: ٦٢/٥ مع الفتح، باب إذا وجد ماله عند مفلس...
ومسلم في صحيحه: ٢٢١/١٠ مع النووي، باب من أدرك ما باعه عند المشتري.
والبيهقي في سننه: ٤٥/٦، باب المشتري يفلس بالثمن.

(٢) الثوري (سفيان).

(٣) ينظر: حاشية (١).

(٤) أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري النجاري (بالنون والجيم) المدني القاضي اسمه وكنيته واحد، وقيل: إنه يكنى أبا محمد ثقة عابد، من الخامسة مات سنة ١٢٠هـ، وقيل غير ذلك، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: تقريب التهذيب: ٣٩٦.

(٥) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي أمير المؤمنين أمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب، ولي إمرة المدينة للوليد، وكان مع سليمان كالوزير، وولي الخلافة بعده فعُدّ مع الخلفاء الراشدين، من الرابعة مات في رجب سنة ١٠١هـ، وله أربعون سنة ومدة خلافته سنتان ونصف، روى له أصحاب الكتب الستة النظر: تقريب التهذيب: ٢٥٥.

(٦) أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني، قيل اسمه محمد، وقيل: المغيرة، وقيل أبو بكر اسمه، وكنيته أبو عبد الرحمن، وقيل: اسمه كنيته، ثقة، فقيه، عابد، من الثالثة، مات سنة ٩٤.
وقيل غير ذلك.
روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: تقريب التهذيب: ٣٩٦.

(٧) في سنن الدارقطني (أخبرني).

رسول الله ﷺ: (إذا ابتاع الرجل السلعة ثم أفلس وهي عنده بعينها فالبائع أحق بها من الغرماء)[1].

وروي عن عمرو بن دينار عن هشام[2] بن يحيى عن أبي هريرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه ـ قال: (إذا أفلس الرجل فوجد البائعُ بعينها سِلْعَتَه فهو أحق بها دون الغرماء)[3].

وروى سليمان[4] بن بلال، عن خيثم[5] بن عراك، عن أبيه[6]، عن

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/٤٥، باب المشترى يفلس بالثمن.
والدارقطني في سننه: ٣/٣٠.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/٢٦٥ رقم ١٥١٦١.
وابن الجارود في المنتقى: ٢١٣ رقم ٦٣٠.
والدارمي في سننه: ٢/٢٦٢، باب فيمن وجد متاعه عند مفلس...
وقد صرحا في إسناديهما بالسماع.

(٢) هشام بن يحيى بن العاص بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني مستور، من الخامسة، روى له ابن ماجة، ينظر: تقريب التهذيب: ٣٦٥.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ش٥/٤٦، باب المشتري يفلس بالثمن.
وعبد الرازاق في مصنفه: ٨/٢٦٥ رقم ١٥١٦٢.
والدار قطني في سننه: ٣/٣٠.

(٤) سليمان بن بلال التيمي، مولاهم أبو محمد، وأبو أيوب المدني، ثقة، من الثامنة، مات سنة سبع وسبعين، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: تقريب التهذيب: ١٣٢.

(٥) خيثم بن عراك بن مالك الغفاري روى عن أبيه ذكر ذلك ابن حجر في تهذيب التهذيب: ٦/١٧٢، عند ترجمة والده (عراك بن مالك).

(٦) عراك بن مالك الغفاري الكناني المدني، ثقة، فاضل، من الثالثة، مات في خلافة يزيد بن عبد الملك بعد المئة، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: تقريب التهذيب: ٢٣٧.

أبي هريرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه ـ قال: (إذا أفلس الرجل فوجد الرجل عنده سِلْعَتَه بعينها بعينها[1] فهو أحق بها)[2].

وهذه الألفاظ نصوص، وعامتها في الصحيحين[3].

وقد أولوا هذه الأخبار وحملوها على الغُصوب والودائع وعلى السلع قبل القبض[4]، وعلى ما إذا كان للباعة خيار.

ومن تأمل في ألفاظ الأخبار علم أنها مباينة لهذه التأويلات وأنها لا تحتمل ما قالوها بحال، والسُّنة إذا صحت عن الرسول لابد من القول بها.

وقد رووا أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: (البائع أسوة الغرماء)[5].

وهذا شيء رواه أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن النبي ـ عليه السلام ـ مرسلًا[6]، وهو أيضًا في الموت مفلسًا[7] لا على العموم.

---

(١) كذا في المخطوط بتكرار (بعينها).

(٢) رواه مسلم في صحيحه: ٢٢٣/١٠ مع النووي، باب من أدرك ما باعه، والبيهقي في سننه: ٤٦/٦، باب المشتري يفلس بالثمن.

(٣) ينظر: صحيح البخاري: ٦٥/٥ مع الفتح، باب إذا وجد ماله عند مفلس...
وصحيح مسلم: ٢٢٣/١٠، مع النووي، باب من أدرك ما باعه عند المشتري...

(٤) وممن ذكر هذه التأويلات الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٦٥/٤.

(٥) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٨١/٥ مع المنتقى، باب ما جاء في إفلاس الغريم مرسلًا.
وأبو داود في سننه: ٧٩١/٣، ٧٩٢ مع المعالم مرسلًا من طريق الإمام مالك وقال (وهو أصح).
وعبد الرزاق في مصنفه: ٢٦٤/٨ رقم ١٥١٥٨.

(٦) قال الخطابي في المعالم (مرسل غير متصل) المعالم ٧٩٢/٣.
وقال الدارقطني في سننه: «ولا يثبت هذا عن الزهري مسندًا، وإنما هو مرسل...» ٣٠/٣.

(٧) لقوله: «وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء».



وروى الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد... الخبر الذي رويناه ثم قال الليث: بلغنا أن ابن شهاب قال: أما مَنْ مات ممن أفلس ثم وَجَدَ رجل سلعته بعينها فإنه أسوة الغرماء، وحدّث به عن أبي بكر بن عبد الرحمن.

ومثل هذا لا يعارض ما روينا.

ونحتج من جهة المعنى مع وقوع الغُنية بالنص فنقول:

البائع لم يسلم له مطلوبه من العوض فله أن يرجع إلى مبذوله من العوض.

دليله: المشتري إذا لم يسلم له المبيع بأن يأبق قبل القبض أو يهلك أو يجد به عيبًا فيرده فإنه يرجع بالثمن المبذول، وكذلك المسلم فيه إذا انقطع من أيدي الناس أو أفلس المسلم إليه يرجع رب السَّلم في رأس المال.

وأعلم أن الوصف الذي قلناه في نهاية الإخالة؛ لأن المبيع معوّض وملك المعوّض بملك العوض وسلامته بسلامته، فإن البيع عقد مراضاة وثبوت موجبه يبتني على الرضا والبائع لم يرض بأن يملك عليه المبيع إلّا بثمنٍ يملكه، وكذلك لم يرض بأن يسلم المبيع للمشتري إلّا بثمنٍ يسلم له وهذا معلوم قطعًا.

والدليل عليه: جانب المشتري فإنه إذا لم يسلم له المبيع رجع بالثمن للمعنى الذي قلنا، كذلك في جانب البائع؛ لأنهما ينزلان من العقد منزلة واحدةً ويقومان مقامًا واحدًا.

وإذا ثبت هذا فنقول: إذا لم يسلم الثمن للبائع فات الرضا في سلامة

المبيع للمشتري ففاتت السلامة فثبت له الرجوع وذلك بفسخ العقد ويمكن أن يُعبّر عن هذا فيقال: سلامة المبيع للمشتري مشروطة بسلامة الثمن للبائع، فإذا لم يسلم الثمن للبائع فات شرط سلامة المبيع للمشتري، وإذا فات الشرط فات المشروط؛ وهذا لأن العقود في الحقيقة مشارطات شرعية فينظر: إلى الشروط الثابتة فيها وتبنى الأحكام عليها على مَواجِبَها وخفاياها.

وأما الإشارة إلى حقيقة المسألة هو أن تسليم الثمن واجب على المشتري بإزاء تسليم المبيع إليه فإذا لم يسلم إليه وعجز عنه رجع البائع فيما سلّمه.

والدليل على أن تسليم الثمن واجب إنه عوض مملوك بالبيع فيستحق تسليمه كالمبيع؛ وهذا لأن الشيء يقصد بالملك لمقصود الوصول إليه والوصول بالتسليم، فإذا لم يتحقق منه الوصول بالتسليم لم يتحقق فيه الملك، وقد أجمعنا على أن الثمن مملوك فلابد من تحقق القبض والتسليم فيه.

يدل عليه: أن هلاك الثمن بمنزلة هلاك المبيع في بطلان البيع.

أما عندنا: فمعلوم.

وعندهم: إذا اشترى شيئًا بفلوس رائجة فكسدت بطل العقد لهلاك الثمن، إذا كان هلاك الثمن كهلاك المبيع ففوات سلامته بالعجز يكون كفوات سلامة المبيع.

فهذه وجوه واضحة على نهايته وغايته.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: فسخ العقد لو ثبت ثبت بالعجز عن تسليم الثمن فنقول: القدرة

على تسليم الثمن لا يشترط وجودها في ابتداء العقد لجوازه ففواتها من بعد العقد لا يوجب ثبوت حق الفسخ.

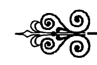
دليله: نفس الملك.

ودليله: القدرة على إحضار الثمن في مجلس العقد؛ وهذا لأن أمر البقاء أهون من أمر الابتداء على ما عرف [١٢٦/ب] فإذا لم يعمل فوات القدرة في ابتداء العقد فلأن لا يعمل في البقاء أولى.

قالوا: والدليل على أن القدرة على تسليم الثمن ليست بشرطٍ في الابتداء لجواز العقد: أن القدرة على تسليم الثمن إنما يكون لوجود المثمن في ملكه كما أن القدرة على تسليم المبيع بوجود المبيع في ملكه، ولا يشترط وجود الثمن في ملك المشتري لجواز شرائه بالإجماع، فدل أن وجود قدرته على تسليم الثمن ليس بشرطٍ.

ثم حقيقة الكلام لهم أن تسليم الثمن غير واجب، إنما الواجب تسليم بدله؛ وهذا لأن الثمن دين في الذمة وتسليم الدَّين لا يتصور وما لا يتصور لا يمكن إيجابه.

يبينه: أن الدَّين غير العين، والتسليم لو وقع وقع في عين فصار التسليم حاصلًا في غير ما هو عوض العقد إلّا أنا نجعل العين الذي يتناوله التسليم عوضًا عن الدَّين الذي وجب في ذمته وثبتت مبادلة شرعية بينهما أو نجعل المقبوض مضمونًا على القابض، ثم يثبت الاستيفاء بطريق المقاصّة على ما سبق في كتاب الرهن.

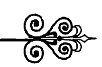
قالوا: وهذا أولى مما تقولون أنا نجعل العين المقبوضة كأنها الدَّين، لأنه قلب للحقيقة، والحقائق لا يجوز تعكيسها وتقليبها إلّا لضرورة، ولا ضرورة في مسألتنا لما بيَّنا أنه يمكن تقرير الدَّين على حقيقته وجعل العين المقبوضة عوضًا منه وهذا في البيع.

وأما في السَّلم فلا يمكن اعتبار هذا المعنى، فإن الاستبدال بالمسلم فيه لا يجوز، فقلنا عن العين المقبوضة هي الدَّين حكمًا وقلبنا الحقيقة بالضرورة، وإذا ثبت هذا فنقول:

العجز عن تسليم الثمن لم يوجد، وإنما يوجد العجز عن تسليم ما هو عوض عن الثمن، والفسخ الذي يثبتونه إنما يكون بسبب العجز عن تسليم ما هو عوض في العقد لا عن تسليم ما هو عوض العوض.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا إذا عجز المكاتب عن أداء النجوم حيث يثبت للمولى حق الفسخ مع لزومه من قبله؛ لأن العوض المذكور ليس بعوض حقيقة؛ لأنه لا يجوز أن يجب للسيد على مملوكه شيء، وإنما هو عوض من طريق المجاز، وإذا لم يكن عوضًا حقيقة صار العتق مبذولًا بإزاء دراهم يؤديها العبد فيملكها السيد فصار العتق بإزاء ملك الدراهم عينًا فإذا لم توجد يثبت حق الفسخ، وفي مسألتنا عوض حقيقة ولو ثبت فسخ العقد لثبت بالعجز عن تسليمه، وقد بيَّنا أنه لا يوجد.

قالوا: وأما مسألة كساد الفلوس فإنما بطل العقد في تلك الصورة لفوات الثمن أصلًا، والعقد قيامه بمبيعٍ وثمنٍ فإذا فات الثمن لم يتصور بقاء العقد،



وفي مسألتنا الثمن باقٍ[1] والموجب للفسخ ما بيّناه ولم يوجد.

وقد سَلَكَ بعضهم طريقة أخرى وقال: العجز عن تسليم الثمن لم يوجد بإفلاس المشتري حيًّا ولا بموته مفلسًا؛ لأن سبب القدرة وجود المال في العالم وأهلية تملّكه لا بوجود ملكه له بدليل الابتداء، وهذا المعنى بعد الفلس موجود، ولأنه إذا كان حيًّا فأفلس فيجوز أن ترتفع قيمة المتاع التي في يده فيفي الثمن بجميع الدَّين، ويجوز أن يبرئ بعض الغرماء فيقضي بالثمن دين البقية، ويجوز أن يختص المفلسُ بعض الغرماء بقضاء الثمن، وأما إذا كان ميتًا فيجوز أن ترتفع قيمة السلعة، ويجوز أن يبرئ سائرُ الغرماء الميتَ عن الدين فيسلم ماله للبائع فيقضى ما هو واجب له، فثبت أن العجز لا يتحقق بالفلس فلا يثبت فسخ العقد، وعلى هذه الطريقة منعوا إذا أفلس المسلم إليه وإنما يُسلّمون إذا أسلم في رطبٍ فانقطع، وفي هذه الصورة قد تحقق العجز.

قالوا: وفي مسألتنا لو كان الثمن شيئًا انقطع عن أيدي الناس نقول يثبت فسخ العقد، والأول طريقة أبى زيد، والثاني لبعض المتأخرين، وقد اعتمدوا عليه أيضًا.

وأما مشايخهم:

قالوا: حق البائع وسائر الغرماء تعلق بالمال تعلقًا واحدًا بسببٍ واحدٍ في وقتٍ واحدٍ فلا يقدم البعض على البعض وإنما قلنا ذلك؛ لأن سبب التعلق موته مفلسًا، وهذا المعنى واحد في حق البائع وجميع الغرماء؛ وهذا لأنه بالبيع أزال ملكه وبالتسليم أزال يده فلم يبق له حق فاستوى هو وجميع

---

(١) في المخطوط: باقي.

الغرماء في ذلك، كذلك ههنا.

قالوا: ولأن فسخ العقد باعتبار العجز عن تسليم الثمن باطل بدليل السلعة الهالكة؛ وهذا لأن الثمن معقود به، والمبيع معقود عليه والمعقود به تبع للمعقود عليه فالفسخ بالعجز عن تسليم الأصل لا يدل على ثبوت الفسخ بالعجز عن تسليم التبع وخرجوا عن هذا السَّلم.

وقالوا: هلاك رأس المال لا يمنع الفسخ بالعجز عن تسليم المسلم فيه وكذلك إذا تبايعا عوضًا بعوضٍ فهلاك أحد العوضين لا يمنع فسخ [١٢٧/أ] العقد وجود العيب بالعوض الثاني.

واستدلوا: بما لو كان المشتري رهن المبيع من إنسان ثم أفلس المشتري لا يثبت حق الفسخ.

فإن قلتم: لأجل حق المرتهن لا يثبت الفسخ فهاهنا أيضًا وُجِدَ حق الغرماء فلأجل حقهم وَجَبَ أن لا يفسخ العقد.

يدل عليه: أن حق البائع مقدم على حق المرتهن؛ لأن سببه أسبق فاجعلوا حقه مقدمًا على حق المرتهن فافسخوا العقد إن كان قد وُجِدَ سببه.

الجواب:

أما الطريقة الأولى قولهم: «إن القدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لجواز العقد».

قلنا: بل هو شرط، إلّا أن القدرة تعرف بظاهر أمرٍ لا بحقيقة، وذلك الظاهر هو أن الرجل لما أقدم على الشراء مع علمه أن الثمن يتوجه عليه



فالظاهر أنه قادر على تسليمه فثبتت القدرة على تسليم الثمن تمسكًا بهذا الظاهر إلّا أنه لم يعتبر وجود الثمن في ملكه؛ لأنا لو اعتبرنا ذلك أدى إلى حرجٍ ظاهرٍ يلحق الناس، والحرج مدفوع بنص الكتاب، فسقط اعتبار وجوده في ملكه لهذا المعنى.

وأما أصل القدرة لسهولة التسليم يعتبر وقد وجد دليل القدرة بسهولة التسليم عليه وهو إقدامه على الشراء مع علمه بوجوب الثمن عليه وتوجه المطالبة به.

والجملة أن إسقاط تأثير العجز عن تسليم الثمن باطل؛ لأن العجز مفوت للوصول إلى الثمن المستحق بالعقد، ويستحيل أن لا يكون لفوات الوصول إلى الثمن المستحق بالعقد تأثير في العقد؛ لأنه عقد استحقاق، والمطلوب به الوصول إلى المستحق، وعلى أن عندنا لا فرق بين الابتداء والبقاء فإن العجز بالفلس إذا قارن العقد لم يلزم العقد، وكذلك إذا باع من مفلس شيئًا ولم يعلم تفليسه وإذا طرأ فات اللزوم أيضًا، وينتقض ما قالوه بالسلامة عن العيب فإنها ليست بشرط لجواز العقد في الابتداء ثم إذا فات في البقاء يثبت حق الفسخ.

وأما قولهم: «إن تسليم الثمن غير متصور».

قلنا: ليس كذلك؛ لأن التسليم يجب بقدرة الإمكان في كل موضع وقدر الممكن في تسليم الديون إيجاب تسليم أمثالها من الأعيان.

وقولهم: «إن الدين لا يكون عينًا بحال».

قلنا: وجوب الدين في الذمة في الابتداء إنما صح ليصير عينًا بالتسليم



ولولا اعتبار هذا لم يجب ؛ لأن إيجاب الشيء بلا وصولٍ إليه لا يكون مفيدًا والشرع لا يأتي بما لا يفيد.

وقولهم: «إن هذا خلاف الحقيقة».

قلنا: وملك الدين في الذمة خلاف الحقيقة، وإذا ثبت ملك الدين في الذمة بخلاف الحقيقة يثبت تسليم الدين أيضًا بخلاف الحقيقة.

فإن قالوا: الملك أمر حكمي والتسليم أمر حسّي.

قلنا: ثبوت الملك المحكوم كان لفائدة هذا المحسوس ولولاه لم يثبت فإذا ثبت ذلك الملك فلابد من بناء تصور التسليم عليه.

وقولهم: «إن العين المقبوضة بدل عن الثمن الواجب».

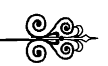
قلنا: العوض الذي يجري فيه التسليم لا يجوز أن يكون عوضًا إلّا عما يجري فيه التسليم فلولا أن الثمن مال يستحق تسليمه لم يتصور أن يكون عنه عوض يستحق تسليمه، وعلى أن ما قالوه يبطل بالسَّلم فإنه لا شك فيه أن المقبوض نفس المسلم فيه.

وقولهم: «إن هناك ضرورة».

قلنا: «وههنا ضرورة».

فإن قالوا: وما تلك الضرورة؟

قلنا: هي أن يكون العوض الواجب بعقد الاستحقاق مقصود الوصول إليه؛ لأنه لو لم يكن كذلك لم يستحق بالعقد على ما سبق.



وأما طريقتهم الثانية:

فليست بشيء؛ لأن المسألة مصوّرة فيما إذا وقع العجز عن التسليم، فإذا قالوا: لَا عَجْزَ فلا تكون المسألة، وقد أجمع الفقهاء على تصوّر المسألة، ولأنه إذا كان له ألف وعليه دين عشرة آلاف[1] والغرماء كلهم يطالبون وقد ضيقوا الأمر عليه فقد تحقق العجز قطعًا، والذي قالوا من التوهمات، فكلها من الأماني الباطلة وهي لا تغني عن نقيرٍ ولا قطميرٍ؛ وهذا لأنه قد تحقق العجز في وقت استحقاق التسليم فكيف يبطل عمله بتوهمٍ وأمنيةٍ؟، وهذا كالعبد يأبق قبل القبض يثبت للمشتري فسخ البيع ولم يعتبر توهم عود العبد.

وأما طريقة مشايخهم:

فهي طريقة مَنْ لم يعرف المعنى الذي نشأ منه الخلاف؛ لأن عندنا لا يثبت فسخ العقد لبقاء حق له في المبيع وإنما ثبت فسخ العقد لمعنى يعود إلى الثمن وهو عجزه عن تسليمه، وهذا كما لو باع عوضًا بعوض وَسَلَّم أحد العوضين ثم عجز بائع العوض الآخر عن تسليمه ثبت له فسخ العقد والرجوع في العوض الذي سلّمه وإن كان قد أسقط حقه بالبيع والتسليم ولكن كان المعنى فوات التسليم في العوض الآخر.

أما تعلقهم بما لو هَلَكَ المبيع عند المشتري فنقول: إنما لا يفسخ بعد الهلاك لعدم الفائدة [١٢٧/ب] فإنه قبل الفسخ يضارب بالثمن وبعد الفسخ يضارب بالقيمة، والمضاربة واحدة في الحالتين.

فإن قالوا: اجعلوه أولى بقدر القيمة.

---

(١) في المخطوط: ألف.

قلنا: لا يمكن؛ لأنه لا يكون أكثر من مال الغير مغصوب فهلك في يده، ولو كان كذلك كان أسوة الغرماء ولم يكن أحق بشيءٍ من بينهم.

فإن قالوا: ما قولكم إذا كانت قيمة المبيع أكثر من الثمن، وفي هذا الموضع يفيد الفسخ ليضارب بقدر القيمة.

قلنا: يفسخ ههنا.

ونقول في المسألة التي صوّروا من وجود العيب إذا كان صاحبه مفلسًا، وإذا ردّ لا يزيد المضاربة على قدر الثمن لا يرد أيضًا[1].

وأما المسألة الثانية وهي إذا رهن المشترى المبيع من إنسان.

قلنا: إنما لم يفسخ العقد في هذه المسألة لتعلق حق المرتهن بالعين المبيعة وهو حق مقدم على حق الغرماء بالإجماع بدليل سائر المواضع، ولهذا نقول في بيع العوض بالعوض إذا سَلّم أحدهما ورهن المشتري ثم وجد الآخر بما اشتراه عيبًا لا يسترده من المرتهن.

وقولهم: «إن حق البائع أسبق»، قلنا: سبب حقه سابق، أما حق المرتهن متقدم على حق البائع وسبب الحق لا يُقدّم على نفس الحق.

وأما الذي قالوا: إن الثمن لا يكون معقودًا عليه وإنما هو معقود به والمبيع معقود عليه.

قلنا: عندنا كل واحد منهما معقود عليه، وقد سبق في مسألة تعيين

(١) هكذا العبارة في المخطوط.

الدراهم، وعلى أنا إن سلمنا أنه معقود به لكنه مقصود وفي العجز عنه فوات المقصود، وقد عمل الشرع أبدع من هذا فإنه لو شَرَطَ البائعُ رهنًا بالثمن ثم عجز المشتري عن تسليمه فَللبائع فسخ العقد فإذا كان العجز عن تسليم الوثيقة بالثمن يُثبت حق الفسخ ففي تسليم المعقود به وهو الثمن أولى. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْألة الحجر):

الحجر[1] على السفيه المبذّر مستحق عندنا وهو قول أكثر أهل العلم[2].

وعند أبي حنيفة: لا يحجر على الحر البالغ بحال، ووافقه زفر[3].

وأما صاحباه أبو يوسف، ومحمد قالا: بقول أكثر أهل العلم[4]، فقد قال أبو حنيفة في موضع: لا يحجر على الحر إلّا على ثلاثة نفر: المفتي

(١) الحجر لغة: المنع وشرعًا: المنع من التصرفات المالية. ينظر: مغنى المحتاج ٢/١٦٥.

(٢) الأم: ٣/١٩٥، المهذب: ١/٤٣٦، الحاوي: ٦/٣٥٤ الروضة: ٤/١٧٨، المغني: ٦/٥٩٥، قال ابن قدامة: «قال ابن المنذر: أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام، ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرًا كان أو كبيرًا وهذا قول القاسم بن محمد ابن أبي بكر الصديق، وبه قال: مالك والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد...» ا. هـ.

(٣) المبسوط: ٢٤/١٥٧، أحكام القرآن للجصاص: ١/٤٨٩، بدائع الصنائع: ٩/٤٤٦٣، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٦٠٤، مختصر القدوري: ١/٣١١، رؤوس المسائل: ٣١٠، الدر المختار: ٦/١٤٨، مع حاشية ابن عابدين، مختلف الرواية: ورقة: ١٩٨/ب، إيثار الإنصاف: ٣٨١.

(٤) مختصر القدوري: ١/٣١٢، أحكام القرآن للجصاص: ١/٤٨٩.

الجاهل، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس[1]، وهذا عندهم ليس بحجرٍ على الحقيقة إنما هو مجرد زجر ومنع لئلا يضروا بالناس في أديانهم وأجسامهم وأموالهم[2].

وأما منع المال من السفيه:

فعندنا: لا إشكال في ثبوته[3].

وعند أبي حنيفة: يمنع منه المال حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة فإذا بلغ هذا السّن أطلق عن ماله ويسلم إليه يعمل فيه ما يشاء[4].

❈ **لنا:**

أن الشرع ناظر، والسَّفه معنى مخيل في إيجاب النظر، والحجر نظر، فوجب الحجر نظرًا.

دليله: الحجر في حق الصغير.

وإنما قلنا: «إن السَّفه معنى مخيل في إيجاب النظر»، لأنه تارك للنظر لنفسه والشرع ناظر لِمنْ لا ينظر: لنفسه كما هو ناظر لِمَنْ ليس بأهل النظر، وهذا لأن المعتبر فوات النظر ولا فرق في فوات النظر بين أن يكون لفقد الأهلية وبين أن يكون بتركه النظر لنفسه مع وجود الأهلية فنقول مَنْ فاته النظر

(١) المبسوط: ١٥٧/٢٤، بدائع الصنائع: ٤٤٦٣/٩.
(٢) المبسوط: ١٥٧/٢٤، بدائع الصنائع: ٤٤٦٤/٩.
(٣) النكت: ورقة: ١٥٥/ب.
(٤) مختصر القدوري: ٣١٢/١، أحكام القرآن للجصاص: ٤٨٩/١، المبسوط: ١٦١/٢٤، بدائع الصنائع: ٤٤٦٧/٩، الدر المختار: ١٥٠/٦ مع حاشية ابن عابدين.




نَظَرَ له الشرع.

دليله: الصغير.

وأمّا قولنا: «إن في الحجر نظرًا»، لأنه بالحجر يبقى ماله محفوظًا عليه، والسَّفه سبب مضيّع للمال ففي ترك الحجر عليه وتخليته وسفهه ترك النظر له، وفي الحجر عليه ومنعه من التصرفات نظر له، ثم الدليل على هذا الأصل الذي قلناه فصل منع المال، فإن السَّفيه يمنع منه المال نظرًا له فَيُحجر عن التصرف نظرًا له أيضًا.

يبينه: أن النظر لا يكمل بمنع المال مع إطلاق التصرف فإنه إن لم تصل يده إلى هذا المال ليهب ويتبرع فيتصرف بالمحاباة والبياعات المغابنة، ويقر بماله لمن يهواه ويحبه، فثبت أن النظر لا يكمل إلّا بالحجر فوجب الحجر لكمال النظر.

وعلى أنهم قد قالوا إنه يمنع منه المال حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة فإذا بلغ هذا القدر من السِّن يُسلّم إليه المال، فإن كان يمنع منه المال قبل بلوغه هذه المدة لسفهه فليمنع من بعد، لأن السَّفه موجود، وإن كان يُسلّم إليه بعد بلوغه هذه المدة بعقله فَلْيُسلم إليه من قبل، لأن العقل موجود، فهذه مناقضة فاحشة لا يلتزمها مَنْ له أدنى شمة من الفقه.

ويمكن أن يقال: إن منع المال أحد الحَجْرَينِ، لأنه بملكه المال يستحق اليد كما يستحق التصرف، وكما أن دفع المال أحد الإطلاقين ثم السَّفه لما أوجب أحد نوعي الحَجْر فليوجب الآخر.



يدل عليه: أن منع المال حجر من التصرف محسوسًا لأنه لا يمكنه التصرف في ماله إلّا [١٢٨/أ] بالتسليم فإذا أوجب السَّفهُ حجرًا حسًّا فليوجب حجرًا شرعيًا بل هذا أولى، لأن الحجر محسوسًا أبلغ من الحجر مشروعًا، فإذا ثبت أبلغ نوعي الحجر بالسفه فلئن يثبت الثاني أولى.

❁ وأما حجتهم:

قالوا: حر عاقل بالغ فلا يحجر عليه في التصرفات كالرشيد، وربما قالوا: مكلف فلا يمنع من التصرف بحقه كالرشيد، وهذا لأن العقل يفيد أهلية التصرف والملك يفيد محلية التصرف فإذا اجتمعت الأهلية والمحلية صح التصرف ولم يُمنع منه بحال.

يبينه: أن التصرف حقه ولو مُنِعَ منه لمنع بحقه وحقه لا يمنع حقه.

ومعتمدهم في فقه المسألة: أن البالغ إنما يطلق عنه الحجر لعقله، والعقل قائم بعد السَّفه فبقي له إطلاق الحجر، والدليل على بقاء عقله على ما كان الحسّ والعيان، ولأن خطاب الشرع عليه مستمر حسب ما كان من قبل.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه ناقص العقل، لأنه لو كان ناقص العقل لأثّر في خطاب الشرع، وهذا لأن السَّفه ليس بمنقصٍ للعقل ولا معدم إياه، إنما غاية ما في الباب إنه يكابر عقله ولا يجري على سَنَنِ العقلاء فاستحق التأديب والزجر.

وعندنا: يُزجر ويُؤدب، فأما الحجر مع وجود كمال العقل فمحال.

ثم قالوا: نقصان العقل وكماله أمر في الباطن لا يوقف عليه فلو اعتبرناه




لإدارة أحكام الشرع عليه أدّى إلى الحرج فنقل الشرع ذلك إلى بلوغه، لأنه زمان اعتدال العقل في الغالب وأدار الحكم عليه وجودًا وعدمًا، فإن وُجِدَ نقصان عقلٍ أو ترك طريقة العقلاء لم ينظر: الشرع إليه، واعتبر السبب الظاهر وهو بلوغه.

قالوا: وأما قولكم: «إن السَّفه مخيل في إيجاب النظر».

قال: ليس كذلك، لأن السَّفه جناية، والجناية لا توجب النظر لكن يجوز أن تكون موجبة للعقوبة والتأديب، ونحن نزجره ونؤدبه ليترك السَّفه ويأخذ طريق أهل الرشد.

وأما الصبي فلم يبلغ زمان اعتدال العقل، فلهذا استمر عليه الحجر بخلاف السفيه على ما سبق.

والدليل على الفرق خطاب الشرع فإن السفيه يخاطب بخلاف الصبي.

ويدل عليه: أن إقرار الصبي بالحدود والقصاص باطل، وإقرار السفيه جائز وطلاقه باطل، وطلاق السفيه واقع، وكذلك نفس الصغر يوجب الحجر ونفس السَّفه لا يوجب الحجر ما لم يوجد الحجر من الحاكم، وليس المفرق بين الصورتين في هذه المواضع إلا ما قلنا من وجود العقل المعتبر من البالغ وعدمه في الصغير.

وقد اعتمد بعضهم في التعلق بالحكم على فصل الإقرار بالحدود والقصاص وقال: السَّفه لما لم يوجب الحجر في التصرفات الواردة على النفس والدم فلا يوجب الحجر في التصرفات الواردة على المال، وهذا أولى

لأن النفس أعز من المال، والنظر لها أولى فإذا اعتبرنا أصل العقل في التصرفات الواردة على النفس ولم ينظر: إلى السَّفه العارض فكذلك في تصرفات المال يكون كذلك.

قالوا: وأما منع المال عنه فهو نوع تأديب فإن السَّفه في الغالب يظهر في التبرعات والهبات، فإذا منعنا منه المال لم تصل يده إلى أمواله ليبذّرها بالهبات والتبرعات فيتأدب ويتهذب إلّا أن هذا التأديب والتهذيب إنما يستعمل فيه مادام يُرجى منه الرشد، فأمّا إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة وصار بحيث يصلح أن يكون جَدًّا يقع اليأس في الغالب أن يهذبه ويؤدبه، وقال به[1] فيُخلَّى وعقله، وإنما قلنا يصلح أن يكون جَدًّا، لأن أقل مدة تحبل المرأة من الإنسان وتلد عنه إنما هو اثنتا عشرة سنة، وهذا على أصلهم.

وربما يقولون يمنع منه المال لسفهه ولا يحجر عليه لوجود أصل العقل فيه، فلو قلنا: يحجر عليه في التصرفات كما منع منه ماله أدّى إلى تعطيل أصل عقله والإعراض عنه، وهذا لا يجوز، والأولى من أعذارهم أن يُحيلوا في منع المال على النص وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[2]، ثم يقولوا: لا يقاس الحجر على منع المال، لأن الحجر عن التصرفات أعظم من منع المال، فإن يمنع المال عنه يلتحق بفقير معدم، وبِمَنْعِه من التصرفات يلتحق ببهيمة، وليس إذا أُلحق بفقيرٍ ما يدل على أنه يلحق ببهيمة.

وأمّا إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة فيقلّ سفهه بمضي هذه المدة عليه بلا

---

(١) كذا في الخطوط، ولا أعرف ماذا يقصد بذلك.

(٢) سورة النساء، من جزء من الآية (٦).

إشكال، فإن منتهى زمان البلوغ عندي ثمانَي عَشْرَةَ سنةً وبعد سبع سنين إلى خمسة وعشرين سنة، وهذه مدة حدوث كياسة طبيعته [١٢٨/ب] معتبرة في الشرع، حتى إن الصبي إذا بلغ سبع سنين يؤمر بالصوم والصلاة، كذلك ههنا إذا مضت هذه المدة بعد البلوغ حدث عقل تجربة على العقل الطبيعي فينقص السَّفه الذي هو ترك لطريقة العقلاء أو مكابرة العقل فمنع المال من قبل لا يدل على منع المال عند بلوغه هذه المدة.

وربما ينقلون عن الفراء أبي زكريا[١] يحيى بن زياد[٢] أنه قال في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[٣] قال: إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة[٤].

واستدلوا أيضًا: بالولاية في النكاح فإنها غير ثابتة على السَّفيه.

قالوا: فكذلك الولاية في سائر التصرفات وكما يوجد بتدبر المال بالبياعات يوجد بكثرة الأنكحة وربما يكون التدبير بهذه الجهة أكثر.

۞ الجواب:

قولهم: «حر عاقل بالغ».

---

(١) في المخطوط (أبي بكر) والتصويب من العبر في أخبار مَنْ غبر: ٢٧٨/١.

(٢) الفراء: أبو زكريا يحيى بن زياد الديلمي كان أعلم الكوفيين بعد الكسائي، له معاني القرآن، والمذكر والمؤنث، توفي سنة ٢٠٧هـ.
طبقات النحويين: ١٣١ ـ ١٣٣، بغية الوعاة: ٣٣٣/٢، العبر: ٢٧٨/١، البداية والنهاية: ٢٧٢/٩.

(٣) سورة النساء، جزء من آية (٦).

(٤) لم أجد من نسبه إليه فيما اطلعت عليه.



هذا تمسك بمجرد صورة.

وكذلك قولهم: «مخاطب مكلف» وهذا لأنه وإن كان حرًا عاقلًا بالغًا لكنه سفيهٌ، فَلِمَ قلتم إن البلوغ والعقل ينافيان الحجر عند معارضة السَّفه إياهما؟، وهذا لأن تبذير المال وتضييعه حرام، وقد ذم الله تعالى المبذرين بنهاية المذمة قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾[1].

فوجب المنع من التبذير، والحجر منع من التبذير.

وأمّا قولهم: «إنه وجدت أهلية التصرف ومحلية التصرف».

قلنا: قد بيّنا أن السَّفه قد عارض العقل فمنعه من العمل، وعلى أنا نقول: إن العقل مع الرشد سبب إطلاق الحجر فأما بدون الرشد فلا، وإذا تحاكمنا إلى المعاني فالرشد أولى بالاعتبار من البلوغ، لأن الرشد يحمله على الإصلاح في المال واعتبار البلوغ مجرد صورة وليس فيه دليل على امتناع من تضيعٍ أو اكتسابٍ لإصلاح في مال إنما هو مجرد بلوغ مدة ومضي زمان فنقول إذا اعتبر البلوغ فلأن يعتبر الرشد أولى.

فإن قالوا: نحن لا نعتبر البلوغ وإنما نعتبر العقل، والبلوغ عَلَمٌ على العقل.

قلنا: ينبغي أن لا نعتبر عقله قبل البلوغ، وبالإجماع هو معتبر.

ثم يقال لهم: هل تعتبرون الرشد مع العقل؟ إن قالوا: لا نعتبر.

(١) سورة الإسراء، جزء من الآية (٢٧).




قلنا: إذا اعتبر العقل فالرشد أولى، لأن الرشد استعمال العقل، والعقل لا يُراد لعينه إنما يُراد لاستعماله فإذا اعتبر أصل العقل فلئن يعتبر استعماله أولى.

ويقال أيضًا نقصان العقل بالصغر إنما يؤثر لتوهم السَّفه فإذا كان توهم السَّفه يؤثر فحقيقة السَّفه أولى.

وأمّا قولهم: «إن السَّفه جناية، والجناية لا توجب النظر».

قلنا: بل يوجب، لأن جميع الزواجر المشروعة بالجنايات نظر للعباد، وهذا لأن الشرع ناظر للعباد على الدوام، والسَّفه ترك النظر من العبد لنفسه، وترك النظر من العبد لا يوجب ترك النظر من الرَّب له.

ويمكن أن يقال إن الحجر عقوبة ونظر جميعًا مثل منع المال سواء.

وأمّا قولهم: «إنه ليس بناقص العقل».

قلنا: يكفيه تركه طريقة العقلاء ومكابرة عقله على ما سبق شرحه، وأمّا فصل منع المال:

فهي في نهاية الإشكال عليهم.

وقولهم: «إنه للتأديب».

قلنا: فاجعلوا كذلك في مسألتنا، ثم هو نظر وتأديب جميعًا. وكذلك نقول في الحجر ثم ينتقض بما إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة.

وقولهم: إنه وقع اليأس عن رشده وارعوائه.



هذيان، لا بل لا يقع اليأس مادام في الأحياء كما لا يقع اليأس عن توبته عن الفواحش، بل الرجاءُ كلما طَعَنَ في السِّن أكثر، وعلى أن هذا يقتضي أن كل مَنْ يُزْجَرُ عن جنايةٍ ومعصيةٍ قبل بلوغه هذا السِّن فإذا بلغ هذا السِّن يُخلّى حتى يفعل ما يشاء ويقال قد وقع اليأس عنه وهذا لا يقول به أحد.

وقولهم: «في الحجر تعطيل أصل عقله».

قلنا: لا، لأن الخطاب عليه متوجهة وطلاقه واقع، وإقراره بالحدود والقصاص جائزة لعقله.

وقولهم: «إن المنع بالنص غير معقول المعنى».

قلنا: لا يجوز ترك طلب المعاني بمثل هذا القول خصوصًا إذا كانت المعاني مخيلة مؤثرة.

وأمّا قولهم: «إنه إذا بلغ هذا السِّن انتقص سفهه».

قلنا: الكلام فيمن يستمر عليه السّفه.

والذي قال إنه حدث عقل تجربة.

قلنا: وُجِدَ سفه تجربة أيضًا فإن ركوب الهوى يدعو إلى أمثاله والسَّفه يجلب السَّفه فليس فيما قالوه طائل.

وأمّا تعلقهم بالإقرار بالحدود والقصاص: فنقول سبب المنع هو السَّفه فيمنع في محل السّفه ومحل السّفه هو المال دون النفس فإن شفقته على نفسه تمنعه من إهلاك نفسه، وهواه وشهوته يحملانه على إهلاك المال، ولهذا

المعنى يُخلّى ونفسه ولا يُخلّى وماله بل يمنع على ما سبق.

وهذا معتمد في هذا الفصل.

وأمّا فصل الطلاق فليس بتصرفٍ في المال، فلهذا لا يمنع منه [١٢٩/أ] السَّفه.

والحرف: أن الطلاق ليس بتصرفٍ في محل السَّفه بخلاف التصرفات التي اختلفنا فيها.

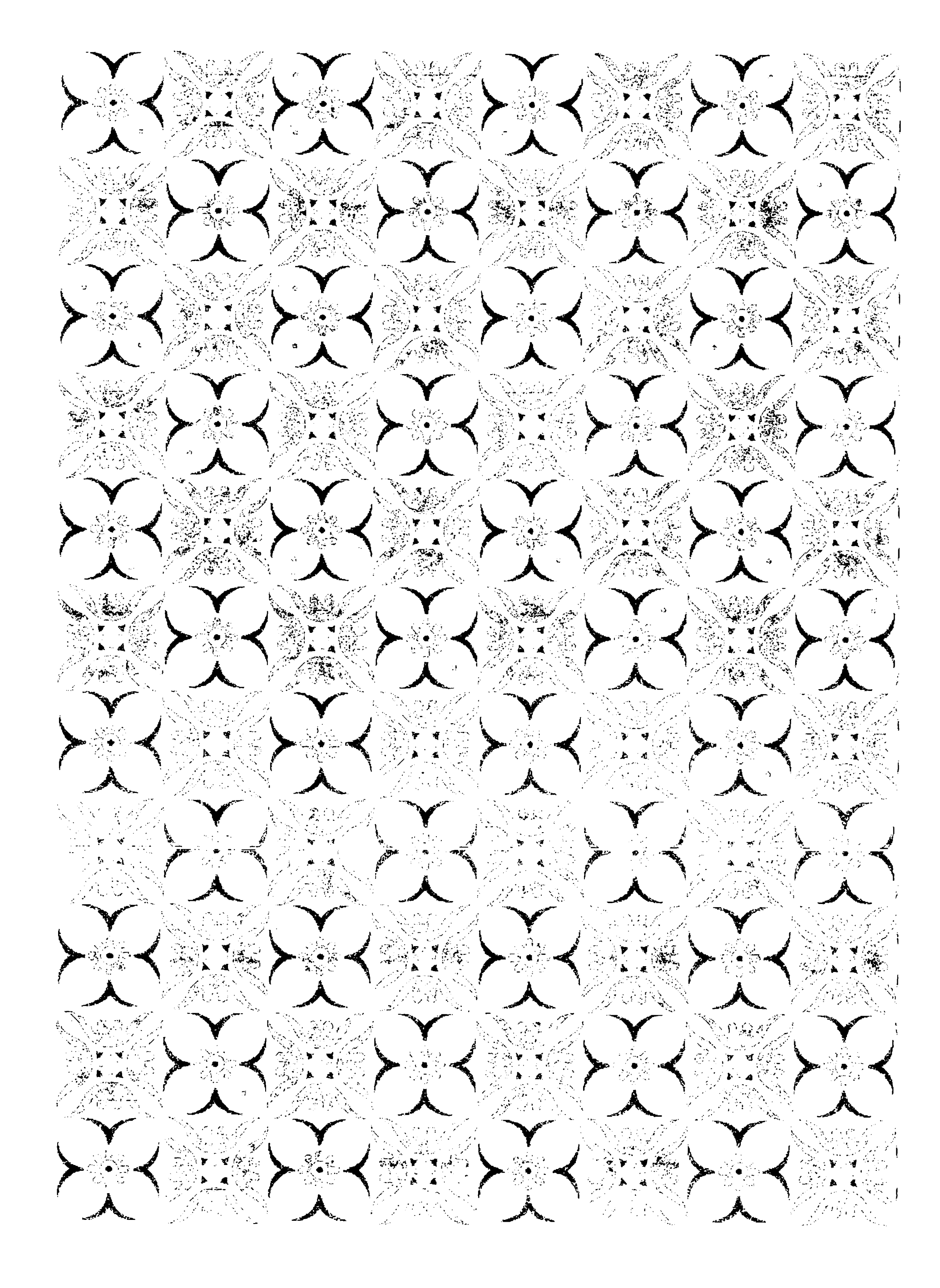
وكذلك الجواب عن النكاح إلا أن النكاح لما كان لا ينفك عن المال لَحِقَه نوع حجرٍ لاتصاله بالمال حتى لا يجوز أن ينكح بنفسه ولا يجوز أن يتصرف عليه الولي أيضًا لما بيّنا أنه ليس بتصرف مالٍ حتى إن الولي لو عيّن له المرأة والمهر يجوز أن يتزوج ولو رضي السّفيه يجوز أن يزوجه الولي أيضًا.

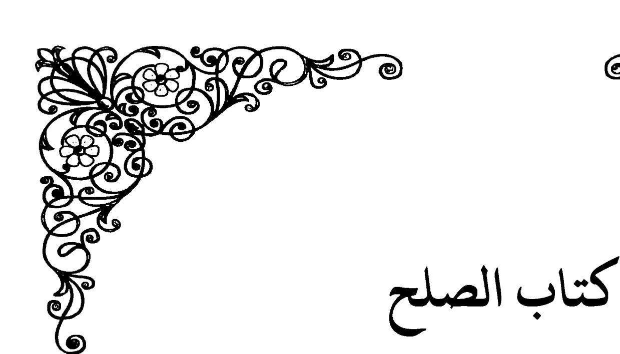
وأمّا قولهم: «إنه لا يصير محجورًا عليه بنفسه».

قلنا: قد مُنِعَ على أحد الوجهين، وإن سُلّم على ظاهر المذهب فلأن السَّفه والرشد يوقف عليهما بالاجتهاد فلم يكن بد من نظر الإمام حتى يجتهد فإذا وَقَفَ عليه حجر عليه بخلاف الجنون فإنه بمنزلة النص المغني عن الاجتهاد.

والله أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين.








كتاب الصلح

※ (مَسْأَلَة):

الصلح[1] على الإنكار باطل عندنا[2].

وعندهم: هو صحيح[3].

❖ لنا:

أن الصلح معاوضة، ولا عوض في الصلح على الإنكار فبطل الصلح.

وإنما قلنا: «لا عوض فيه»، لأن مال الصلح لابد له من عوض في الجانب الثاني يستحقه مَنْ يستحق عليه مال الصلح، ومال الصلح مستحق على المدعى عليه ولا عوض يستحقه في مقابلته، لأن عوضه لو كان لكان هو العين المدّعاة والعين المدّعاة ليست بملك للمدّعي حتى يستحقها المدعى عليه بإزاء ما يبذله ويعطيه من مال الصلح، بل هي ملك المدعى عليه بحجة

(١) الصلح: لغة: من المصالحة وشرعًا عقد يرفع النزاع. ينظر: التعريفات صـ١٣٤.

(٢) صورة الإنكار: أن يدعى رجل على رجل دينًا أو عينًا والمدّعى عليه ينكر ثم يقول: صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك... إيثار الإنصاف: ٣٧٢.
الأم: ١٩٧/٣، المهذب: ٤٣٩/١، معالم السنن: ٢٠/٤، النكت: ورقة: ١٥٦/أ، روضة الطالبين: ١٩٨/٤، الحاوي: ٣٦٩/٦.

(٣) مختصر الطحاوي: ٩٨، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٤١١/١، الأسرار: ١٨٧/٢/ب، رؤوس المسائل: ٣١٥، البدائع: ٣٤٩٢/٧، كنز الحقائق مع شرحه البحر الرائق: ٢٥٦/٧، إيثار الإنصاف: ٣٧٢، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: الإشراف ١٧/٢، المغني ٩/٧.

يده، فثبت أنه لا عوض يقابل مال الصلح، وإذا فُقِدَ العوض فقدت المعاوضة، وقد بيّنا أن الصلح معاوضة فإذا فقدت المعاوضة لابد من بطلان الصلح.

وقد قالوا: إن المدّعِي معتاض عما لا يملكه فصار كما لو باع ملك الغير ليكون العوض له، والمدعى عليه باذلٌ للعوض من غير شيء يقابله فبطل أيضًا فلم يبق لتصحيح الصلح وجهٌ ما.

ثم الدليل على أنه لم يثبت للمدعي حق بدعواه إنه لا يخلو:

إمّا أن يثبت بنفس قوله أو بوجود حجةٍ على قوله ولا يجوز أن يثبت بنفس قوله؛ لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة.

وإنما لا يكون حجة؛ لأن أحد وجهي الاحتمال يعارضه الآخر فسقط موجبه، ولا يجوز أن يكون بوجود حجةٍ، لأن الحجة هي البينة ولو[1] توجد، ولأن قول المدعي في الإثبات عارضه قول المدعى عليه في النفي فسقط قول المدّعِي بالمعارضة.

يبينه: أن الشرع جعل القول قول المدعى عليه لوجود يده في العين إن كانت الدعوى في العين ولتمسكه بأصل براءة ذمته إن كانت الدعوى في الدَّين إذ الأصل أن لا شيء عليه.

وإذا صار القول قول المدعى عليه بحجةٍ شرعيةٍ سقط قول المدعي.

وقد دل على هذا الأصل الذي ادّعيناه قوله ـ ﷺ ـ: (لو أُعطي الناس

(١) كذا في المخطوط، ولعله: «ولم».

ودعواهم لأدعى قوم دماء قوم وأموالهم)[1] فأخبر أن الدعوى لا يجب بها شيء.

والحرف الوجيز في المسألة: أن نقول: أخذ المال بالصلح على الإنكار أكل مال بالباطل، لأنه لا جهة لصحته في الشرع فهو كرشوةٍ يعطيها إنسانًا ليكف عن إيذائه أو لئلا يقصده في ماله ونفسه ولا يسعى به إلى السلطان وهو حرام بالإجماع كذلك ههنا.

والذي نريده تقريرًا إن حقيقة الرشوة بذل مال الإنسان ليكف عن ما يجب الكفّ عنه أو ليفعل ما يجب عليه فعله بأصل الشرع.

والحال في مسألتنا من هذا القبيل، لأن المدعى عليه يبذل مالًا للمدعي ليكف عن منازعته وخصومته وعليه ذلك إن لم يكن عنده حجة وإن كان عنده حجة فيقيمها أو يحلف المدعى عليه.

فأمّا مخاصمته وإيذاؤه ليأخذ مالًا عنه فحرام بالإجماع.

۞ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[2].

ونقل آثار عن جماعة من الصحابة ادّعوها توافق مذهبهم.

وقالوا: الحق ثبت للمدعي بدعواه في حقه، لأن قول الإنسان محمول على الصدق ما أمكن، ولأن جانب الصدق أرجح من جانب الكذب، لأنه

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ١٢/٢ مع النووى كتاب الأقضية.

(٢) سورة النساء، جزء من آية رقم (١٢٨).




مدعو إليه لعينه، ولأن عقل الإنسان ودينه يحملانه عليه، وأمّا الكذب فإنما يرتكبه الإنسان لغرضٍ يحمله عليه.

ويدل عليه من جهة الحكم: [١٢٩/ب] أن المدَّعي لو أبرأ المدعى عليه عمّا ما ادّعاه صح إبراؤه وهذا لثبوته في حقه، ولهذا لو أراد أن يدعي بعد ذلك لم يكن له، فإذا كان الحق الذي ادّعاه محل الإبراء كان محل الصلح، ولأنه لو ادّعى عينًا في يد إنسان أنها ملكه فقال ذو اليد: ليست العين لي ولا أدري لمن هي؟ فإنه يجوز للمدعي أخذها ويمكّن من ذلك ولا يمنعه الإمام عنها ولولا أن بنفس الدعوى تثبت الشيء له في حقه وإلا لم يجز له الأخذ.

قالوا: وأما قول المدعى عليه في النفي فهو قول مسموع شرعًا من المدعى عليه لدفع المدعي عن نفسه على معنى أنه لا يثبت ما ادّعاه في حقه، ونحن إنما ادّعينا ثبوته في حق المدعي.

فإن قلتم على مَنْ يثبت؟

قلنا: يثبت على المدعى عليه في حق المدعي أيضًا، وهذا لأن في هذا حمل قول المدعي على الصدق من غير ضرر يمس المدعى عليه فلا يترك إثبات هذا القدر بحرمة الصدق وترجيح جانبه.

قالوا: وإذا ثبت أن الحق ثابت في حقه فنقول: وجد لهذا الصلح جهة الجواز والصحة، لأن المدعى عليه يبذل المال لدفع أذاه وشره على زعمه، والمال مُعَدّ للمصالح، وهذا من أصلح المصالح وهو أن يبذله لدفع شر المدَّعي عن نفسه وأذاه وليفتدي به عن اليمين التي اتجهت عليه، فإنه إذا حلّفه ربما يظن به الكذب، ويقع في القال والقيل من الناس، أو يوافق يمينه

قضاء ينزل به من بلاءٍ؛ فيقال إنه نزل به البلاء لكذبه في يمينه، والعاقل يحترز من مثل هذا، ويعد ماله ليدفع عن نفسه أمثال هذا، ويصرفه في مثل هذه المصالح، وقد نُقِلَ عن عثمان وحذيفة ـ رضي الله عنهما ـ الافتداء من اليمين، هذا في جانب المدعى عليه.

وأما من جانب المدعي فيأخذ بدل الصلح عوضًا عن حقه الثابت له في زعمه، وهذا جائز طلق لا حظر من الشارع ولا حجر فقد استقام صحة هذا الصلح من الجانبين فلم يترك تصحيحه، لأن الصلح شرع لقطع المنازعات والخصومات.

ألا ترى أن الله تعالى لم يذكر الصلح في القرآن إلا عند وقوع التنازع كقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾[1] الآية.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾[2]، وغير هذا من الآي.

وإذا كان لقطع المنازعة والخصومة، والخصومات والمنازعات إنما تكثر حال التناكر والتجاحد، فكانت هذه الحالة أولى أن يكون حالة الصلح من حال الإقرار.

قالوا: ولهذا قال أبو حنيفة: أجوز ما يكون الصلح هو الصلح على الإنكار[3].

(١) سورة النساء، جزء من آية رقم (١٢٨).

(٢) سورة الحجرات، جزء من آية رقم (٩).

(٣) بدائع الصنائع: ٣٤٩٣/٧.

وإذا ثبت هذا الذي قلناه، فمتى وجدنا طريقًا في الشرع لتصحيح الصلح لا يترك لتنقطع المنازعة والخصومة بينهما.

قالوا: وبهذا وقع الفصل بين مسألتنا وبين سائر ما استشهدتم من ضروب الرُّشى، لأن في تلك المسائل بذل الباذل صحيح، ولكن الآخذ لا يجوز له الأخذ، لأنه لا جهة لجواز أخذه.

وفي مسألتنا قد بيّنا جهة صحيحة لجواز أخذ العوض فاعتبر ذلك.

قالوا: يصح هذا الصلح بطريق آخر: وهو طريق الإسقاط لا طريق المعاوضة، والصلح تارة يصح بجهة المعاوضة، وتارة يصح بجهة الإسقاط، بدليل ما لو صالح من ألفٍ على خمسمائة.

وبدليل صلح المتوسط فإنه يصح بجهة الإسقاط، ومعنى صلح الإسقاط: أن المدعي أسقط الحق الثابت له على زعمه بمالٍ بَذَلَه المدعى عليه فيصح ذلك، كما إذا بذله المتوسط فإنه يجوز.

وفائدة الصلح على هذا الوجه: سقوط خصومة المدعي، وسقوط اليمين على المدعى عليه، وبراءة ذمة المدعى عليه عن حقٍ ثابتٍ في زعم المدعي وينتفع به، فإنه قبل هذا لو أراد المدعي إقامة البينة تمكن من ذلك وبعده لا يتمكن.

والمعتمد على هذه الطريقة صلح الأجنبي المتوسط، وهو في نهاية الإشكال، وهو مسلم إذا كانت الدعوى في الدَّين وقد نص عليه الشافعي مطلقًا من غير فرق بين العين والدَّين إلّا أن على زعم الأصحاب المسألة



مسلمة في دعوى الدَّين.

وحرف الإشكال في صلح الأجنبي أنه صلح في الحقيقة عن المدعى عليه؛ لأن المقصود والغرض يجعل له وهو منكر، وقول الأجنبي للمدعي: إنك محق في دعواك، قول باطل غير مقبول على المدعى عليه، وكذا قوله: «إنه قد أقر في السّر ووكلني»، قول باطل غير مقبول لأن القول قول المدعى عليه إنه ليس عليه شيء فإنه لم يوكله في شيء ومع ذلك صح صلح الأجنبي عن المدعى عليه مع إنكاره فوجب أن يصح صلحه بنفسه مع إنكاره بل هذا أولى، لأن الحاجة إلى الصلح ماسّة للمدعى عليه لا للمتوسط فإذا جاز من المتوسط لقطع المنازعة بين المتخاصمين فلئن يجوز من الإنسان نفسه لقطع المنازعة [١٣٠/أ] بينه وبين غيره أولى.

وقد قال بعض مشايخهم:

إن العقد بُني على قول مَنْ يدعي جوازه بدليل ما شهد[1] إنسان بحرية عبد لإنسان وَرُدّتْ شهادته ثم اشتراه فإنه يجوز ويبنى العقد على قول مَنْ يدعي جوازه وهو صاحب العبد، وربما يقولون إذا صح هذا العقد عند موافقة صاحبه إياه على ما يزعمه فمخالفته لا تبطل.

دليله: هذه المسألة وقد قال أبو زيد في الأسرار في ابتداء الطريقة في هذه المسألة[2]: إن المدعي أحد متداعي الملك فيجوز له أخذ العوض ببذل ما يدعيه لنفسه.

---

(١) لعل صحة العبارة (ما لو شهد).

(٢) ينظر: الأسرار: ٢/١٨٨/أ، ب.




دليله: ذو اليد، ولا فرق بين الجانبين، لأن كل واحد يدّعي الملك لنفسه وينكره صاحبه، والمعتمد لهم ما سبق.

الجواب:

أمّا الأول: قولهم: «إن الحق ثابت للمدعي في حقه»؟

قلنا: لا نسلم ذلك، لأن الشرع لم يصدقه في زعمه ولو ثبت ما قالوه لثبت شرعًا، فإذا لم يصدقه الشرع وجعل القول قول المدعى عليه فكيف يتصور ثبوت الشيء في حقه؟

وقولهم: «إن الشرع جعل القول قوله فيما يرجع إليه».

قلنا: الوجوب في حق المدعي راجع إليه.

وقوله: «لا ضرر عليه».

قلنا: الضرر ثاني الأمر، وإنما الكلام في ثبوت الوجوب أو نفيه والمدعى عليه ينفي الوجوب وقد جعل الشرع القول قوله، وهذا الجواب معتمد.

وأمّا قولهم: «إن قول الإنسان يحمل على الصدق ما أمكن».

قلنا: إذا لم يصدقه الشرع وصدق خصمه سقط هذا الكلام، ويقال لهم: العوض لابد من ثبوته في الجانبين والذي ادّعاه المدعي إن كان ثابتًا على المدعى عليه في حق المدعي، فهو غير ثابت للمدعي في حق المدعى عليه، فثبوته في الجانبين في حق المدعي عارضه انتفاؤه في الجانبين في حق المدعى عليه فسقط الثبوت أصلًا.

أو يقال ثابت من وجهٍ لا من وجه، والعوض الذي سبيله هذا لا ينعقد به عقد المعاوضات، وهذا حرف في نهاية الحسن فليتمسك به.

وأمّا فصل الإبراء، قلنا: لا نسلم صحة الإبراء ولئن سلّم فهو لا يشبه الصلح، لأن الإبراء عقد ينفرد به صاحب الدَّين، والصلح عقد من الجانبين فيجوز أن يعتبر في العقد الذي ينفرد به صاحب الدَّين بزعمه، وفي العقد الذي يعقد من الجانبين يعتبر زعمهما، وإذا اعتبر زعمهما فلو كان زعم أحدهما يصححه فزعم الآخر يبطله فلا يصح.

وأمّا قولهم: «إن وجه صحة هذا الصلح أن المال المبذول من هذا الجانب على كذا ومن الجانب الآخر على كذا».

قلنا: لو كان كما قالوه في جانب المدعى عليه وجب أن لا يلزمه العوض بنفس الصلح بل يعتبر وجود التسليم، لأن مَنْ بذل مالًا لدفع شر إنسان لابد فيه من تسليمه إليه ليلزمه، والذي قال في الجانب الآخر هو عوض في حقه عما ادّعاه فهو بناء على ثبوت المدَّعَى في حقه، وقد أبطلنا، وعلى أنا بيّنا أن العقد عقد معاوضة فلا يستقل بأحد الجانبين وعند اعتبار الجانبين لا يتصور صحة هذا الصلح على ما سبق بيانه.

وأمّا قولهم: «إنه يصح هذا الصلح على جهة الإسقاط».

قلنا: هذا لا يصح، لأنه لو كان يصح على هذه الجهة وجب أن يختص جواز الصلح على الإنكار بالديون، ولا يجوز في الأعيان، لأن الإسقاط إنما يصح في الديون، فأمّا في الأعيان فلا، وعلى أن الإسقاط إنما يصح في شيءٍ




ثابتٍ ولا ثبوت في مسألتنا أصلًا.

وأمّا صلح المتوسط فقد خبط فيه الأصحابُ خبطًا ظاهرًا وربما منعوا أيضًا مع نص الشافعي[1]، ولا وجه له، لكن الجواب عنه: أن صلح المتوسط إنما يصح على جهة الإسقاط لا على جهة المعاوضة، ولهذا يختص بالدين ويبطل في العين ونقول: لا تجب الشفعة إذا صالح على شقصٍ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا يفسخ بحال.

وأمّا عندهم: لو صح الصلح على الإنكار لصح بجهة المعاوضة[2] وقد قالوا يصح فيه...[3] ولو صالح على شقصٍ تجب فيه الشفعة[4] وثبت فيه خيار الشرط[5]، وشرط صحة صلح المتوسط أن يعترف المتوسط بصدق المدعي.

فإن قالوا: هلا جوّزتم أنتم صلح المدعى عليه على هذه الجهة!.

قلنا: لا يمكن، لأن المتوسط يزعم أن الحق واجب للمدعي فيصح التماسه الإسقاط بمال يبذله بخلاف المدعى عليه فإنه يزعم أن المدَّعي كاذب فكيف يلتمس الإسقاط منه بما يبذله؟

قالوا: لِمَ جوّزتم من الأجنبي؟

قلنا: لأنا وجدنا له مثالًا وله فائدة، أما المثال فهو الخلع مع الأجنبي،

---

(١) الأم: ٣/١٩٨.

(٢) مختصر القدوري: ١/٤١١ مع الجوهرة.

(٣) بياض في المخطوط.

(٤) مختصر القدوري: ١/٤١١ مع الجوهرة.

(٥) الجوهرة على مختصر القدوري: ١/٤١٠.




وأما الفائدة وصول عوض إلى المدعي وسقوط منازعة عن المدعى عليه مثل الفائدة في خلع الأجنبي.

قالوا: لِمَ أعرضتم عن إنكار المدعى عليه في هذه الصورة وبنيتم العقد على اعتراف الأجنبي مع كونه أجنبيًا [١٣٠/ب] عن هذا الدعوى؟

قلنا: إنما صححنا على جهة الإسقاط، والإسقاط لا يتم لصاحب الحق وحده فإذا استغنى صحته عن مَنْ عليه الحق بنينا صحته على دعوى المدعي واعتراف مَنْ يعقد معه ويلتزم المال في مقابلة الإسقاط إذ لا حاجة إلى أكثر من هذا، فإنه لما تَمّ الإسقاط لصاحب الحق صححنا الإسقاط بناء على زعمه، واعتبرنا أيضًا اعتراف المتوسط ليصح التزامه المال، وهذا العقد لم يمس جانب المدعى عليه إلا في عود فائدة إليه إن كان المال واجبًا عليه وهو السقوط عنه وفي مثل هذا يعرض عن جانبه زعمًا كما يعرض عن جانبه رضًا بدليل خلع الأجنبي.

وأمّا في مسألتنا لو صح هذا الصلح صح معاوضة ولا سبيل إلى تصحيحه بوجهٍ على ما بيّنا.

وقولهم: «يصالح عنه».

قلنا: قد بيّنا أنه إسقاط بالتزام مالٍ، وعلى هذا لا نقول إن هذا العقد صلح حقيقة، لأن عندنا الصلح لا يكون إلا معاوضة إنما هو ما ذكرناه سمي صلحًا مجازًا، والأجنبي هو المصَالِح وهو العاقد إلا أن فائدة هذا العقد ترجع إلى المدعى عليه، وهذا جواب ظاهر بحمد الله ومنّه.




وقد اتضح ما أشكل على كثيرٍ ممن يَدّعي التبحر والفحولية في معاني الفقه.

وأمّا الذي قال مشايخهم: إن العقد يبنى على قول مَنْ يدعي الجواز.

قلنا: يبطل ببيع متروك التسمية، وبيع الخمر من الذمي وبيع المدبر من حنفي المذهب(١).

وأمّا مسألة الشهادة لعتق العبد، فليس جوازه لما قالوه بدليل أن رجلين لو كان لكل واحد منهما عبد فشهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق ثم تبايعًا يجوز، ولا يمكن بناء العقد في هذه الصورة على قول واحدٍ منهما ومع ذلك جاز، ولكن إنما جاز، لأنه أمكن تصحيحه معاوضة، فإنه إذا رد شهادة هذا الشاهد بقي العبد على الرق كما كان في حق جميع الناس، فقد باع عبدًا منه بمالٍ معلومٍ ثم إذا دخل في ملكه عومل بما كان يزعمه وظهر الآن نفاذه، وهذا هو المعنى في صحة البيع في تلك المسألة على المذهبين، فإن الذي قالوه من أن بناء المعنى بناء جواز العقد على قول مَنْ يدعي جوازه فقد أبطلناه، ولأن الأولى أن يبنى العقد على قول مَنْ يوافقه الشرع لا على قول مَنْ يخالفه الشرع وإن ادّعى جوازه.

والشرع إنما وافق المدعى عليه لا المدعي.

وفي المسألة التي استشهدوا بها اعتبرنا قول مَنْ يوافقه الشرع في ذلك العقد إلا أن الشرع إنما وافق منكر العتق لا مدعي العتق حيث جعل القول قوله.

وفي مسألتنا وافق قول المدعى عليه.

---

(١) لأن البيع فاسد عندهم. ينظر: مختصر القدوري: ١/٢٥٨ مع الجوهرة.




وقد أجاب بعض أصحابنا عن هذه المسألة: وزعم أن بيع المشهود بعتقه من الشاهد ليس ببيعٍ حقيقة لكنه افتداء وتخليص.

وهذا ليس بشيء، لأنه لو كان كذلك لم يجب العوض بنفس العقد ما لم يتصل به التسليم، فالجواب هو الأول.

والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَةُ الحَوَالَةِ):

المحال عليه إذا مات مفلسًا لم يرجع المحتال بالدَّين على المحيل عندنا[1].

وعندهم: يرجع، قالوا: وكذلك إذا أفلس في حال الحياة وَجَحَدَ وَحَلَفَ[2].

لنا:

أن المحيل برئ عن الدَّين براءة مطلقة فلا يثبت الرجوع عليه بالدَّين أبدًا.

---

(١) المهذب: ١/٤٤٥، الأم: ٣/٢٠٣، مختصر المزني مع الأم: ٢/٢٢٦، روضة الطالبين: ٤/٢٣٢، النكت: ورقة ١٥٧/ب، الحاوي: ٦/٤٢١، معالم السنن للخطابي: ٣/٦٤١.
قال الخطابي: «وهو قول مالك والشافعي، وأحمد، وأبو عبيد، وأبو ثور» اهـ.
ينظر: المغني: ٧/٦١، الإشراف للبغدادي: ٢/١٩.

(٢) وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع في هذه المواضع الثلاثة كلها، مختصر الطحاوي: ١٠٣، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠٩، البدائع: ٧/٣٤٤٢، رؤوس المسائل: ٣١٨، بدائع الصنائع: ٦/٣٤٤٢.

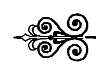
دليله: إذا أبرأ صريحًا، والدليل على وجود أصل البراءة أن المطالبة سقطت عنه لا إلى غاية، وهذا علامة سقوط الدَّين، وهذا لأن عقد الحوالة يقتضي النقل والتحويل، ولا منقول ولا محوّل إلّا الدَّين فإذا تحول الدَّين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلابد من فراغ ذمة المحيل بدليل الحسيّات فإن الشيء إذا انتقل من محلٍ إلى محلٍ فلابد من فراغ المحل الأول عنه، وإذا فرغت الذمة الأولى من الدَّين حصلت براءتُها، لأن البراءة ليس معناها إلّا فراغ الذمة، ومن هذا حوالة الباذنجان، لأنه ينقل من موضعٍ إلى موضعٍ، وإذا نقل فيفرغ الموضع الأول عنه ويشتغل به الموضع الثاني، كذلك تفرغ الذمة الأولى عن هذا الدَّين وتشتغل به الذمة الثانية.

وإذا ثبتت البراءة فنقول:

البراءة حصلت مطلقة غير مقيدة بشرط، لأن التقييد لا يثبت إلا بدليلٍ ولا دليل على التقييد، لأنه لم توجد إلّا الحوالة المطلقة، فأمّا التقييد فلم يوجد، ولا يجوز إثبات تقييدٍ ولا شرطٍ من غير دليل عليه فبقيت البراءة مطلقة عن الشروط والتقييدات فلم يثبت الرجوع بوجهٍ ما، وهذا الذي ذكرناه في غاية الاعتماد، وسيظهر وجه تقريره وتخريج كلامهم عليه في الجواب.

وقد قال بعض أصحابنا: إن الحوالة تتضمن قبض الدَّين حكمًا ثم إقراضه من المحال عليه.

وقال بعضهم: هي [١٣١/أ] إسقاط حق بإيجاب حقٍ، وليس في واحد من هاتين الدّعوَيين دليل من لفظ عقد الحوالة، فلا يجوز إثبات ذلك إلا بشرع يرد به يجب علينا قبوله، ولم يوجد ذلك، فبقيت الحوالة مجرد النقل




وتحويل الدَّين من ذمةٍ إلى ذمةٍ على ما يقتضيه اللفظ، فإن قال قائل: كيف يتصور نقل الدَّين وتحويله من ذمةٍ إلى ذمةٍ؟

قلنا: جاز ذلك بعقد الحوالة، لأنه عقد وَرَدَ به الشرع وقضيته هذا والعقود الشرعية يوفر عليها قضاياها ولا يعرض على سائر العقود بل يكون هو أصلًا بنفسه يعمل به سواء وافق الأصول أو لم يوافقها.

❁ وأما حجتهم:

تعلقوا بما روي عن عثمان رضي الله عنه «إنه قال في هذه المسألة بعينها يرجع على المحيل لا تَوَى[1] على مال امرئ مسلم»[2].

ولم يرو عن غيره خلافه[3].

ولأن ذمة المحيل برئت براءة نقلٍ وتحويلٍ لا براءة إسقاط وإبطال فيكون سلامة المنتقل إليه شرطًا في تمام البراءة.

دليله: إذا باع بالدَّين ثوبًا من صاحب الدَّين فإن سلامة الثوب شرط في تمام البراءة، حتى إذا هلك الثوب قبل القبض عاد الدَّين إلى ذمته.

وربما يقولون: فإذا لم نسلم المنتقِل إليه عاد إلى المنتقل عنه، وإنما قلنا إن الذمة برئت براءة نقلٍ وتحويلٍ، لأن عقد الحوالة يدل على النقل والتحويل ولا يدل على الإسقاط والإبطال وإنما يثبت ما يدل عليه.

---

(١) ينظر: صـ٢٤٦.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٧١/٦، باب من أحيل على ملئ فليتبع...

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٣٤٤٢/٦.

ثم قالوا: إذا ثبت أنه براءة نقلٍ وتحويلٍ فصاحب الدَّين إنما رضي ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة حقه له من المحال عليه فصار كما لو شرط سلامته من قبل المحال عليه، لأن المقصود في العادات بمنزلة المشروط.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في الأصل معاوضة، وفي الفرع لا معاوضة، وذلك لأنهما وإن افترقا في المعاوضة وعدم المو...[1] لكن استويا في أنه دخل في كل واحد من العقدين بقصد السلامة، إلا أن هناك بقصد سلامة البدل من ثوبٍ أو عبدٍ، وههنا بقصد سلامة عين حقه من الذمة الثانية فنزلت الذمة الثانية ههنا منزلة البدل المسمى هناك، وليس في المعاوضة وعدم المعاوضة تأثير، إنما المؤثر ما ذكرنا من إثبات شرط السلامة إمّا بقصدٍ أو دلالةٍ.

وعلى أن القاضي أبا زيد قد قال:

إن الذمة الثانية عوض عن الذمة الأولى، وهذا لأن الدَّين مال مستحق من ذمة فنزلت الذمة منزلة المستحق وهو بمنزلة ثوبٍ أو عبدٍ فإنه لما استحقت مالية من هذا المحل صارت عينه مستحقة فإذا بادلها بعين أخرى ثبت فيها حكم المعاوضة كذلك ههنا.

قالوا: وليس يدخل على ما ادّعيناه من أن البراءة براءة نقلٍ وتحويلٍ لا براءة مطلقة وسقوط حق حبس البائع بعقد الحوالة، وجواز استرداد المرهون من المرتهن للراهن، وعتق المكاتب إذا أحال السيد بالدَّين الذي عليه على غريمٍ له؛ لأن في هذه المسائل إنما تثبت هذه الأحكام لوجود البراءة في الحال ثم لما كان ثبوتها بشرط سلامة حقه من ذمة المحال عليه يثبت الرجوع

(١) كذا في المخطوط، ولعلها «المعاوضة».

في ذمة المحيل عند فقد السلامة.

ألا ترى أنه لو صالح من الدَّين على عبدٍ أو ثوبٍ تثبت هذه الأحكام أيضًا. وإن لم تبرأ ذمته براءة مطلقة بل هي براءة مشروطة بشرط السلامة كذلك هاهنا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المحتال يصير قابضًا حقه من المحيل حكمًا ومقرضًا من المحال عليه؛ لأن في هذا إثبات عقد قرض لا دليل عليه، وما لا دليل عليه فلا سبيل إليه، ولأنه لو كان كذلك وجب إذا قبل الحوالة في رأس مال السَّلم وبدل الصرف ثم تفرقا قبل أن يقبض محسوسًا أن لا يبطل العقد؛ لأنه قد وجد القبض على زعمكم.

فإن قلتم: إنه وجد القبض حكمًا لا حقيقة.

قلنا: القبض حكمًا يحصل به قبض رأس المال في السَّلم بدليل أنه لو أسلم عبدًا في ثوب ثم إن المسلم إليه أعتق العبد يصير قابضًا له حكمًا فيصح السَّلم.

ويدل عليه: أنه لو قبل الحوالة في دينٍ مؤجلٍ لا يبطل الأجل ولو صار قابضًا حكمًا وجب أن يبطل الأجل، ولأن قبض الدَّين وهو دين محالٌ ولو صار قابضًا صار قابضًا وهو دين بدليل بقاء الأجل كما بيّنا. وما لا يتصور حقيقة لا يقدر حكمًا.

قالوا: وأما قولكم: إنه إسقاط دين باستحقاق دين، فليس عليه دليل، ولأن الاعتبار عن إسقاط الدَّين لا يجوز، فكيف يجوز إسقاط الدَّين عن ذمة المحيل ببدل يستحقه في ذمة المحال عليه؟، ولأنه إذا قبل الحوالة ببدل



الصرف يجوز، ولو كان إسقاطًا في مقابلة استحقاق لم يجز، لأن الإسقاط في بدل الصرف ورأس المال في السَّلم قبل القبض يبطل العقدين.

قالوا: وأما إذا أفلس في حال الحياة فإنما لم يرجع، لأن عندنا لا يتحقق الفلس [١٣١/ب] في حال الحياة، فالفوات لم يوجد حتى نقول لو جَحَدَ وَحَلَفَ تحقق الفوات في هذه الصورة فحينئذ يرجع.

❁ **الجواب:**

أما خبر عثمان:

قلنا: رواه خليد[١] بن جعفر.

قال الشافعي: هو مجهول عن معاوية[٢] بن قرة عن عثمان[٣].

ومعاوية بن قرة لا تصح له رواية عن عثمان[٤].

وقد نقل الأصحاب عن علي مثل مذهبنا[٥] في قصة الحزن[٦] جد سعيد

---

(١) خليد بن جعفر بن طريف الحنفي أبو سليمان البصري صدوق، لم يثبت أن ابن معين ضعفه، من السادسة.
روى له مسلم والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب: ٩٣.

(٢) معاوية بن قرة بن إياس بن هلال المزني أبو إياس البصري. ثقة عالم من الثالثة، مات سنة ١١٣هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٣٤٢.

(٣) ينظر: فتح الباري: ٤/٤٦٤، سنن البيهقي: ٦/٧١.

(٤) قال ابن حجر في تهذيب التهذيب: قال الشافعي: روايته عن عثمان منقطعة. ا. هـ. ينظر: تهذيب التهذيب: ١٠/٢١٧.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه: ٨/٢٧١، رقم ١٥١٨٣.

(٦) حزن بن أبي وهب بن عمير بن عائذ بن عمران بن مخزوم، صحابي استشهد باليمامة وهو جد سعيد بن المسيب. روى له البخاري، وأبو داود.

بن المسيب[1].

وأما المعنى:

قولهم: «برئت ذمته براءة نقلٍ وتحويلٍ».

قلنا: أيش تعنون بهذا؟ إن عنيتم برئت بالنقل والتحويل فهو مسلم، وإن قلتم بنقلٍ مشروطٍ بسلامة المنقول إليه فلا نسلم.

وأما قولهم: «إنه إنما رضي ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة دينه من ذمة المحال عليه».

لا نسلم، ولا دليل لهم على هذا.

وقولهم: «قصد السلامة».

قلنا: لا ننكر أنه قصد السلامة، ولكن ليس كل ما يقصد يصير مشروعًا بل كم من شيءٍ يقصده المرء ولا يصل إليه.

وحقيقة هذا الحرف:

أن بعقد الحوالة خرج المحيل من الوسط وصار الدين على المحال عليه للمحتال ويصير كأنه الأصل، فإن سَلَّم فالنفع له، وإن لم يُسلّم فالضرر عليه، فله نفع هذا الدين وضرره وحلوه ومُرّه وغُرمه وغُنمه وهذا كالأصل في سائر الديون، وأما في الأصل الذي قاسوا عليه، لا نقول صار مشروطًا بقصد السلامة لكنه عقد معاوضة ومبادلة فهو بدل ببدلٍ وملك بملكٍ، فأما نقل

ينظر: التقريب: ٦٧.

(١) ذكر القصة ابن قدامة في المغني: ٧/٦١.




الملك في هذا العوض بذلك العوض فإذا نقله به كيف ينتقل بدونه فصار شرط سلامة العوض مأخوذًا من قضية لفظه.

وأما ههنا فهو نقل وتحويل مطلق لا بشيء حتى تعتبر سلامة ذلك الشيء له حتى يصح النقل والتحويل.

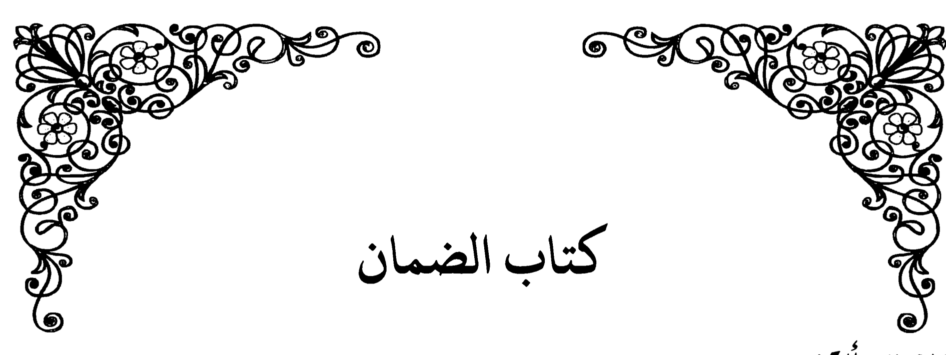
وأما قولهم: «إن ههنا مبادلة ذمةٍ بذمةٍ».

قلنا: كلّا، ولمّا، لأن المبادلة إنما تجري في الحقوق المستحقة والذمة محل الحق وليس بحقٍ مستحق، وهذا لأن الذمة محل الالتزام، والإلزام محل الالتزام كيف يصير لازمًا بنفسه ولأن المستحق هو المستوفي، والمستوفي هو المستحق، والمستوفى هو مال من الذمة لا الذمة، كذلك المستحق هو حق من الذمة لا نفس الذمة.

وأما مسألة الثوب والعبد، فذلك عين مال يقبل الاستحقاق.

وفي مسألتنا الذمة ليست بمالٍ حتى تستحق، إنما هي عبارة عن العهد في اللغة وعن محل الخطاب في الشرع وواحد منهما ليس يُتصوّر استحقاقه.

وأما إذا أفلس في حال الحياة، فهو لازم، لأن العجز عن الوصول قد وُجِدَ وتوهم الوصول إليه لا يعتبر بعد أن تحقق في الحال عدم الوصول، كما لو أبق العبدُ قبل القبض يثبت له الرجوع في الثمن، وإن كان يتوهم الوصول إليه بالعود، ولكن لم يعتبر ذلك بعد تحقق العجز في الحال، كذلك ههنا. والله أعلم بالصواب.



كتاب الضمان

※ (مَسْأَلَة):

إذا ضمن[1] الدَّين عن ميتٍ مفلسٍ صح عندنا[2].

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يصح[3].

لنا:

حديث سلمة بن الأكوع أن رسول الله ﷺ «أُتى بجنازة فقال: (هل عليه دَين؟) قالوا: نعم، قال: (هل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، قال: (صلوا على صاحبكم)، فقال أبو قتادة: هو عليّ يا رسول الله فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه».

رواه البخاري في صحيحه على هذا الوجه برواية سلمة[4].

---

(١) الضمان: لغة الالتزام وشرعًا: التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار مَنْ هو عليه أو عين مضمونه. ينظر: مغنى المحتاج ٢/١٩٨.

(٢) المهذب: ١/٤٤٧، الأم: ٣/٢٠٤، النكت: ورقة: ١٥٨/أ، فتح الباري: ٤/٤٦٤، شرح السنة للبغوي: ٨/٢١٢.

وهو قول الصاحبين. ينظر: مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠٧، بدائع الصنائع: ٦/٣٤١٢.

(٣) مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠٧، الهداية مع فتح القدير: ٦/٢٠٤، بدائع الصنائع: ٦/٣٤١٢، الدر المختار: ٥/٣١٢ مع حاشية ابن عابدين، رؤوس المسائل: ٣٢٣.

(٤) ينظر: صحيح البخاري مع الفتح: ٤/٤٦٧، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، كما رواه النسائي في سننه: ٤/٥٣، باب الصلاة على مَنْ عليه دين. والإمام أحمد في مسنده: ٤/٤٧، ٥/٣٠٤.

وروى جابر أتم من هذا وفيه: «إن الدَّين كان دينارين».

واللفظ: «فتحملها أبو قتادة وقال النبي ﷺ (هما عليك حق الغريم وبرئ منهما الميت) قال: نعم، فصلى عليه»[1].

والخبر نص في موضع الخلاف، وهم حملوا على العِدَة، واللفظ يأباه فبطل التأويل.

وأما المعنى فهو بناء على أن الدَّين قائم بعد الموت، لأنه كان عليه قبل الموت والموت ليس لإسقاط الحقوق بل هو سلوك سبيل يصل به إلى الآخرة فيجازَى على الحقوق، فإذا كان الموت موصلًا له إلى دار المجازاة على الحقوق له وعليه، فكيف يكون مسقطًا للحقوق؟، ولأن الدَّين من حقوق المعاملات فيعتبر بالاعتقاد الذي هو حق الديانات ثم الاعتقاد الذي هو حق الديانات لا يسقط بالموت من الكفر والإيمان، كذلك ما هو من حق المعاملات.

ويدل من حيث الأحكام على بقاء الدَّين بجواز الإبراء وتبرع [١٣٢/أ] الأجنبي به وبقاء الكفالة به إذا كان به كفيل وبقائه في نفسه إذا مات مليًا.

وهذه مسائل مشكلة عليهم جدًا، لأن الدَّين لو سقط عن الأصيل بالموت لم يستقم الإبراء عنه ولا تبرع الأجنبي به. وهو يبطل عقد الكفالة، لأن الدَّين إذا سقط عن الأصيل سقط عن الكفيل كما لو أبرأ، وينبغي أن يسقط أيضًا

---

(١) هذه الرواية رواها الإمام أحمد في مسنده: ٣٣٠/٣ (عن جابر).
والدارقطني في سننه: ٧٩/٣.
والبيهقي في سننه: ٧٥/٦، باب الضمان عن الميت.

وإن مات مليًا وخلّف تركة، لأن الدَّين يتعلق بالذمم لا بالأعيان من الأموال، فلولا أن الدَّين باقٍ[1] في ذمة الميت وإلّا لم يستحق قضاءه من التركة.

فالمسائل في نهاية الإشكال.

وما ذكرناه من قبل على طريق المعنى لو اقتصرنا عليه ففيه كفاية، فثبت أن الدَّين قائم بعد الموت على ما كان قبل الموت فصحت الكفالة به في الحالين.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: الدَّين قد سقط، لأن الذمة قد فاتت بهلاك الرجل ولابد للدين من محلٍ فإذا فات محله فات الدَّين، ثم الدليل على فوات الذمة أن الرجل قد هلك والذمة وصف له فإذا هلك الموصوف لابد من فوات الوصف.

يدل عليه: أن الذمة في اللغة: عبارة عن العهد.

وفي الشرع: عبارة عن محل الإلزام والالتزام، ولا عهد للميت ولا إلزام عليه ولا التزام له فدل أنه لا ذمة له.

والحرف المختصر: أن الحياة من ضرورة الذمة، ولابد من آدمي حيّ لتكون له ذمة.

قالوا: وأما الإثم، فنحن إنما ندّعي السقوط في أحكام الدنيا؛ لأنه هلاك عن الدنيا، فأما في أحكام الآخرة فالدَّين قائم لأنه هَلَكَ عن الدنيا

(١) في المخطوط: باقي.




ليحيى في الآخرة، ولأنه أُفني عن الدنيا ليبقى في الآخرة، والإثم من أحكام الآخرة فيجعل بمنزلة الشخص الحي في كثير من الأحكام، لأنه موضوع في الرَّحم لحياة الدنيا كذلك الميت موضوع في قبره لحياة الآخرة فبقي في حقه ما يعود إلى الآخرة.

قالوا: وأما إذا مات مليًا فإنما بقي الدَّين من ضرورةٍ بقاء الأتركة التي هي محل الاستيفاء، وفيما إذا كان به كفيل بقي لضرورة وجود الكفيل به.

فأما ههنا فلا ضرورة في بقاء الدَّين في أحكام الدنيا، لأن الرجل هَلَكَ وفاتت ذمته ولا مال يُقضى منه الدَّين ولا كفيل يطالب منه الدَّين.

وإذا سقط عند الموت فبعد ذلك إذا كفل به إنسان فلم تصادف كفالته دَينًا قائمًا، ولا يجوز أن يعود بعد سقوطه لصحة الكفالة، لأن الدَّين الساقط لا يعاد، ولأن الميت لا يجب عليه دين ابتداءً فإذا سقط وأُعيد فهو يشبه ابتداءً إيجاب دَين عليه والموت ينافيه فلم يجز.

والجملة أنا إذا أبقينا دَينًا على الميت لعلةٍ وتركنا الحقيقة بها يعتبر وجود العلة عند الموت فإذا لم توجد رجعنا إلى الحقيقة وأسقطنا إلا في الإثم الذي هو من أحكام الآخرة لا من أحكام الدنيا.

وكذلك إذا تبرع متبرع أو أبرأه مَنْ له الدَّين إنما جوّزنا لسقوط الإثم الذي عليه وليس لهما حكم سوى هذا، وأما الكفالة فيظهر أحكامها في الدنيا بدليل الحبس والمطالبة وقد سقط الدَّين في أحكام الدنيا بدليل ما قلنا فبطل هذا الحكم عنه.




وقد قال بعضهم: إن الكفالة التزام مطالبة ولا مطالبة بهذا الدَّين بحالٍ فلم تصح الكفالة، وإنما قلنا إنها التزام مطالبة، لأن الدَّين الثابت في محل لا يتصور نقله إلى محل آخر.

يبينه: أنه لو انتقل إلى ذمة الكفيل لبرئت ذمة الأصيل كما في الحوالة.

والحرف: أن الحق الواحد لا يشغل محلين كما في الحسيّات لا يتصور جوهر واحد في محلين، فثبت أن الكفالة ليست إلّا التزام مطالبة فإذا سقطت المطالبة أبدًا لابد من فساد الكفالة، وليس كالمعسر لأن المطالبة سقطت هناك إلى حالة اليسار، وليس كالعبد إذا أقر بدينٍ، لأن المطالبة سقطت إلى حالة العتق أو إلى موافقة السيد في ثبوته.

وفي مسألتنا سقطت أبدا، ولا يقال يجوز أن يظهر له مال، لأنه حينئذ لا يكون مفلسًا، والكلام فيمن مات مفلسًا.

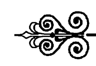
وربما يعبّرون عن هذا فيقولون: الدَّين لا يعرف إلّا بإيجاب تسليم عين وإلّا فهو عدم حقيقة، فإذا لم يجب تسليم عين بقي على العدم، وخرّجوا إذا مات مليًّا، لأن المطالبة قائمة، وخرّجوا إذا كان به كفيل، لأن المطالبة متوجهة أيضًا.

۞ **الجواب:**

قد ذكرنا الدليل على بقاء الدَّين.

وأما قولهم: «إن الذمة فاتت بالموت».

قلنا: الذمة باقية حكمًا، بدليل ما ذكرنا، وإذا جاز أن تبقى له وعليه

معتقده من الدَّين جاز أن تبقى له وعليه ملتزمة من المال، ولأن بالإجماع الوجوب قائم بدليل الإثم.

وقولهم: «في أحكام الآخرة».

قلنا: حكم [١٣٢/ب] الآخرة تبع لحكم الدنيا فإذا سقط في أحكام الدنيا سقط في أحكام الآخرة ثم نحقق فنقول:

السقوط إنما يكون بإبراء صاحب الحق، أو بوصول الحق إليه، أو بإياس عن الوصول، فيصير في حكم الساقط في الدنيا، ولا يأس عن الوصول في مسألتنا بتبرع الأجنبي أو بكفالته فلا يسقط، وهذا لأن الدين يجب حفظه لحرمة صاحبه فإذا وجدنا جهة يمكن إبقاؤه باعتبارها لم نحكم بسقوطه حفظًا لحق صاحب الدَّين؛ بدليل ما لو مات مليًّا أو كان به كفيل، وقد وجدنا جهة يمكن إبقاء الدَّين باعتبارها وهو وجود كفالةٍ أو تبرعٍ.

فإن قالوا: بالتبرع يستغنى عن الكفالة.

قلنا: لا يستغنى، لأن المتبرع ربما يرجع عنه قبل التسليم وبالكفالة يلزم حتى لا يمكنه الرجوع.

وقولهم: «هَلَكَ عن الدنيا».

قلنا: بلى، ولكن أمكن إبقاء الدَّين بالوجه الذي قلنا فلا يسقط وعلى أنه إن هَلَكَ عن الدنيا فلم يجئ الآخرة بعدُ، فإذا جاز بقاء الدَّين بعد موته لآخرةٍ لم تأت بعدُ حتى إذا أتت يُجازى به، جاز بقاؤه في دنيا قد ذهبت عنه وذهب هو عنها حتى يصح تبرع وكفالة من الأجنبي فيصل صاحب الحق إلى

حقه، ويتخلص الميت عن إثمه، فإنه لا فرق بين دارٍ ذهب عنها وبين دارٍ لم يصل إليها بعدُ فإن في الحال لم يوجد واحد منهما، والدين يتوجه باعتبار أحدهما لتطهير إثمه فلم يكن متوجهًا في الدار الأخرى لتطهير إثمه.

والذي اعتذروا عن المسألتين بالضرورة.

قلنا: هاهنا أيضًا ضرورة وهو جواز الكفالة، وعلى أنا نلزم إذا كفل ابتداءً بعد أن مات مليًّا أو بالدَّين كفيل، وإن كان وجد ضرورة في بقاء الدَّين ليطالب به، لم يوجد ضرورة في جواز الكفالة ابتداءً ومع ذلك جازت.

وأما الطريقة الثانية:

قلنا: لا يجوز أن يقال إن الكفالة مجرد التزام مطالبة بل هي التزام دين والمطالبة مبنية عليه ولا يتصور وجوب مطالبة بدين بدون وجوب الدَّين، وإنما لم يبرأ الأصيل بخلاف الحوالة لأن الكفالة ضَمٌّ ذمة إلى ذمة فلا يقتضي براءة الأصيل، وأما الحوالة نقل وتحويل فيقتضي براءة المحيل على ما سبق في المسألة الأولى.

فإن قيل: فصل المطالبة عن الوجوب ممكن بدليل أن الصبي والمجنون إذا أتلفا مال إنسان وجب الغُرم على الصبي والمجنون والمطالبة متوجهة إلى الولي.

وكذلك الوكيل يطالب بتسليم الثمن وهو على المشتري.

قلنا: في المسألتين المطالبة متوجهة على مَنْ عليه الحق لكن الولي عن




الصبي والمجنون نائب عنهما ، وكذلك الوكيل نائب ولا يمكن مثل هذا القول في مسألتنا ، لأن الكفيل ليس بنائبٍ لأن الاستنابة من الأصيل لم توجد والولاية الشرعية لم توجد.

والدليل عليه: أن الكفالة تصح من غير أمر مَنْ عليه الدَّين.

فإن قيل: إذا أبرأ الأصيل يسقط الدَّين عن الكفيل ، ولو وجب الدَّين لى الكفيل لم يسقط كالرجل يكون له غريمان يبرئ أحدهما.

قلنا: إنما سقط ، لأنه كفيل ولا يتصور كفيل بلا أصيل ، ولأن الكفيل تبع فإذا سقط الدَّين عن الأصيل سقط عن التبع ، وعلى أن هذه الطريقة تبطل بما إذا كَفَلَ عن المعسر يجوز ولا مطالبة ، وكذلك العبد.

وقولهم: «إنه يتوهم مطالبة».

قلنا: التزام المطالبة لا يتصور إلّا إذا كانت المطالبة في الحال ثابتة كما لا تتصور إلّا في دين ثابت.

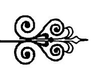
فإن قالوا: «عندنا يجوز في دين يجب».

قلنا: على طريق التعليق ، والكفالة في المسألتين غير معلقة بل مُنجّزة.

وأما الذي قالوا: إن الواجب في الدَّين فعل تسليم العين.

قلنا: لا ، بل حقيقة الدَّين واجبة وفعل التسليم مبتنى وجوبه على وجوب حقيقة الدَّين.

والله أعلم بالصواب

❊ (مَسْأَلة):

الكفالة[1] بالأعيان المضمونة[2] غير جائزة عندنا[3].

وعندهم: جائزة[4].

وكذلك الخلاف في الكفالة بالنفس، وللشافعي قول آخر في جواز الكفالة بالنفس[5].

❊ لنا:

أن عقد الكفالة أخطأ محله وحقيقته فيكون باطلًا.

---

(١) الكفالة: التزام إحضار المكفول له. ينظر: مغنى المحتاج ٢/٢٠٣.

(٢) مثل: المغصوب، والمقبوض بالبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء.
ينظر: فتح القدير: ٦/١٦٤، فهذه يجب تسليمها وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو الإقرار.

(٣) الأم: ٣/٢٠٣، مختصر المزني مع الأم: ٢/٢٢٩، المهذب: ١/٤٥١، النكت: ورقة: ١٥٨/ب، روضة الطالبين: ٤/٢٥٥.

(٤) مختصر القدوري: ١/٤٠٠ مع الجوهرة، الهداية: ٦/١٦٤ مع فتح القدير، رؤوس المسائل: ٣٢٢.

(٥) المهذب: ١/٤٥١، وهو الأظهر عندهم، شرح السنة للبغوي: ٨/٢١٤.
قال النووي في المنهاج: «والمذهب صحة كفالة البدن...» ١/٢٠٣ مع مغني المحتاج، روضة الطالبين ٤/٢٥٣.
والقول المقابل للأظهر هو عدم الجواز لقول الشافعي: «الكفالة بالبدن ضعيفة».
وينظر: الأم: ٣/٢٠٣، وقال أصحابه: «المراد بذلك أنها ضعيفة بالقياس» ا. هـ.
قال ابن قدامة في المغني: «الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة...» ا. هـ.
المغني: ٧/٩٧، المبسوط: ٩/١٦٢.

دليله: سائر العقود إذا كان بهذا الوصف.

ودليل الوصف: أن عقد الكفالة عقد مشروع لالتزام الحق في الذمة ووجوب التسليم بناء عليه على ما سبق في المسألة الأولى، والتزام الأعيان على ما في الذمة لا يجوز بل لا يتصور أصلًا، ولأن عقد الكفالة ليجب على الكفيل من الضمان ما وجب على الأصيل والعين مضمونة على الأصيل ولا تصير مضمونة على الكفيل بدليل أنها لو هلكت لا شيء عليه.

يبينه: أنه كيف يجب عليه ضمانها؟ والعين تضمن بقبض العين على جهة مخصوصة من تعدٍ[1] أو سومٍ أو عاريةٍ أو بإيراد [١٣٤/أ] عقد المعاوضة عليه ولم يوجد من الكفيل شيء من ذلك فلم يتصور وجوب ضمان العين عليه.

وأما التسليم بناء على ضمان الأصل فإذا لم يدخل الأصل في ضمانه لم يجب عليه التسليم.

ونقول في الكفالة بالنفس: كَفَلَ بما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز.

ودليل أنه لا يقدر على تسليمه، لأن تسليم الإنسان إلى غيره إنما يكون بقوةٍ أو ولايةٍ وليس له قوة التسليم، لأنه رجل، ورجل لا ينقاد له ويقاومه، ولا يقال إنه يستعين بالقاضي، لأن القاضي لا يجب عليه أن يعاونه بل يقول له: «أنت أدخلت نفسك في هذا الأمر فعليك وَبالَه وأنت أبصر به»، ولا يجوز أن يكون التسليم بالولاية، لأنه لا ولاية له عليه.

---

(١) في المخطوط: تعدى.

يبينه: أن نهاية ما في الباب أن يأذن له بالكفالة بنفسه وبإذنه إياه في الكفالة بنفسه لا تثبت له ولاية عليه.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: كَفَلَ بمضمونٍ يمكن تسليمه فيجوز، كما لو كَفَلَ بالدَّين.

أما قولنا: «مضمون» فلا إشكال في الأعيان المضمونة.

وأمّا في الكفالة بالنفس فنعني بالضمان: «وجوب الحقوق على المدعى عليه» وقد وجب الحضور على المدعى عليه بنفس الدعوى، ولهذا المعنى يُحْضِرُه القاضي ويستعدي عليه ويقطعه عن أشغاله وهو لحق المدعي، لأن منفعته راجعة إليه.

وأمّا إمكان التسليم ففي الأعيان المضمونة هو أن يأخذ العين ويسلمها إلى المكفول له وهذا ممكن. وفي النفس إمكان التسليم بأن يُخْلَى بينه وبين المدَّعي في موضع يمكنه إحضاره من ذلك الموضع إلى مجلس الحكم، وهذا لأن التسليم في النفس ينصرف إلى المعتاد وهو بهذا يُعدّ مُسَلّمًا، ألا ترى أنه إذا خلّى بينه وبينه في مثل هذا الموضع يقال له سُلّم إليه.

وحقيقة المسألة راجعة إلى أن الكفالة ليست إلا التزام التسليم في الدَّين فكذلك في العين، وفي كل موضع وجب ضمان التسليم صحت الكفالة بالتسليم، وتسليمه الأعيان المضمونة في ضمان المكفول عنه وتسليم المدعى عليه نفسه في ضمانه، كما أن في الدَّين تسليم الدَّين في ضمان مَنْ عليه إلّا أن تسليم العين بتسليم نفسها، وتسليم الدَّين بتسليم مثله. ألا ترى إلى




الأصيل فإن تسليمه العين بتسليم ذاتها وتسليمه الدَّين بتسليم مثله، كذلك في حق الكفيل.

قالوا: وقد دللنا في المسألة الأولى أن الكفالة ليست إلّا التزام الحق، لأن التزام نفس الدَّين غير متصور، فإن الواجب على شخصٍ لا يجب على شخصٍ آخر والدَّين في محلٍ لا يشغل محلًا آخر.

أمّا وجوب تسليم شيء واحد يتصور على أشخاص كثيرة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أنا نجعل الدَّين بمنزلة الدَّينين أو نجعل الذّمتين كذمةٍ واحدةٍ، لأن هذا قلب الحقيقة فلا يصار إليه إلّا بدليل قاطع.

واحتجوا في الكفالة بالنفس بفعل ابن مسعود[١]، وبقول جماعة من الصحابة[٢]، وباتفاق المسلمين على فعلها في سائر الأعصار والأزمنة[٣].

۞ الجواب:

إن جميع ما قالوه بناء على أن عقد الكفالة لا يلاقي إلّا المطالبة.

ولا نسلم، بل يلاقي نفس الحق بالوجوب والمطالبة تأبى الوجوب وقد سبق بيانه فلا نعيد.

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/٧٧.
وذكرها البخاري في الترجمة بدون إسناد. ينظر: صحيح البخاري: ٤/٤٦٩ مع الفتح.

(٢) منهم جرير بن عبد الله البجلي. ينظر: صحيح البخاري: ٤/٤٦٩ مع الفتح.

(٣) نقل الإجماع على ذلك ابن قدامة في المغني: ٧/٩٧، فقال: «وإنما أرادوا أنها ضعيفة بالقياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر» اهـ.



وأمّا الذي ذكروه من الاستبعاد.

قلنا: نحن نجعل الدَّين كالدَّينين حكمًا، وقد رأينا القتل الواحد في الشرع كقتلينِ، والولاية الواحدة كولايتين فلا نستبعد ههنا هذا المثال.

والدليل على وجوب أصل الدَّين على الكفيل جواز التصرف معه فيه بالهبة والشراء والاستبدال، ولأنه أضاف الكفالة إليه لا إلى المطالبة والمعقود عليه هو المضاف إليه ولو صرّح بالتزام المطالبة لم يصح.

يبينه: أن الأصل هو الكفالة بالمال، وهذا لا يماثلها لأن الكفيل بالمال يضمن من عند نفسه، وهذا لا يكون في الكفالة بالنفس.

والإمكان غير مسلم أيضًا على ما سبق.

وأما أخبار الصحابة.

فليس إلّا عن ابن مسعود وإنما هو في قوم ارتدوا واستتابهم وكفّلهم عشائرهم»[1].

وفي هذا الموضع لا تجوز الكفالة بالإجماع[2].

والله أعلم بالصواب

(١) سبق تخريجه عند البيهقي في سننه: ٧٧/٦.

(٢) أي في الحدود، ينظر: المغني ٩٨/٧.

❊ (**مَسْأَلة: من كتاب الشركة**[1]):

عندنا: عقد الشركة محله المال والعمل تبع والمطلوب هو الربح[2].

وعندهم: محل العقد هو العمل والمطلوب هو الربح، والمال محل العمل[3].

فعلى ما قلنا لا ينعقد العقد إلّا بمال ولا شركة إلّا بالاختلاط في المال، والربح بينهما على [١٣٤/ب] قدر المال[4].

وعندهم: تنعقد الشركة على العمل دون المال، ولا يشترط الاختلاط في المال ويجوز شرط التفاضل في الربح[5].

❊ **لنا:**

أن العقد لا ينعقد إلّا على محلٍ موجودٍ معلوم، والمال هو الموجود وهو المعلوم، وأما العمل غير موجودٍ ولا معلومٍ فلا يكون محلًّا للعقد.

ويدل عليه من حيث الحكم: أن إحضار المال واجب وإنما وجب

---

(١) الشركة: لغة: الاختلاط. وشرعًا: ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهه الشيوع. ينظر: مغنى المحتاج ٢/٢٢١.

(٢) المهذب: ١/٤٥٤، المنهاج: ٢/٢١٣، روضة الطالبين: ٤/٧٣ ـ ٧٥، شرح السنة للبغوي: ٨/٢١٧.

(٣) الأسرار: ٢/١٥٠/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٠٧، مختصر القدوري المبسوط: ١١/١٥٢، رؤوس المسائل: ٣٢٥.

(٤) روضة الطالبين: ٤/٧٣ ـ ٧٥، المنهاج: ٢/٢١٣، شرح السنة للبغوي: ٨/٢١٧.

(٥) المبسوط: ١١/١٥٢، رؤوس المسائل: ٣٢٩.

إحضاره، لأنه محل العقد، وإلّا ما كان ينبغي أن يعتبر إحضار المال.

وإذا ثبت أن محل العقد هو المال فلم ينعقد بدون المال فعلى هذا بطلت الشركة على الأعمال وعلى الوجوه، ولم ينعقد أيضًا إلّا بخلط المالين، لأن الشركة على المال لا تكون إلّا لوجود الشركة في المال ولا شركة في المال إلّا بخلط المالين، فأمّا إذا كان أحدهما متميزًا عن صاحبه فلا شركة، ولم يجز شرط التفاضل في الربح، لأن الربح فرع المال فيكون بقدر المال إذ الفروع على مقادير الأصول، والفوائد بقدر رؤوس الأموال.

❁ **أما حجتهم:**

قالوا: العقد منعقد على العمل، لأن عقد الشركة ما يوجب الشركة كعقد البيع ما يوجب الملك، وعقد النكاح ما يوجب الازدواج.

فإذا جعلنا محل العقد هو المال فالشركة في المال لا تكون موجب العقد.

ألا ترى أنها تحصل بغير عقد وذلك خلط المالين بغير عقد وموجب العقد لا يتصور أن يسبق العقد فصار موجب العقد هو الشركة في العمل، لأنه لا يحصل إلّا بالعقد.

والدليل على أن العقد على العمل جائز عقد الإجارة وعقد القراض، وهو معتمدهم فإنه ينعقد على العمل وبهذه المسألة يبطل قولكم «إن العمل مجهول فلا يكون محل العقد» فإن في عقد القراض قد وجدت جهالة العمل ومع ذلك انعقد العقد، وهذا لأن العمل وإن كان مجهولًا ولكن الربح معلوم فعفى عن جهالة العمل لوجود العمل بالربح، وإنما كان كذلك لأنه المطلوب

بالعمل فاعتبر إعلامه وأعرض عن جهالة العمل، وإذا ثبت أن المعقود عليه العمل بنينا عليه المسائل فنقول:

يجوز عقد الشركة على الأعمال، وعلى الوجوه لوجود العمل وإن فقد المال، ويجوز من غير خلط المالين، لأن الشركة لما كانت في العمل لا في المال لم يعتبر خلط المال بالمال، ولأن العمل لما كان لهما جميعًا فقد وجد الاختلاط في العملين حكمًا وإن لم يوجد حسًّا، ويجوز أيضًا شرط التفاضل في الربح لأن العقد لما وردت على العمل كان الربح في مقابلة العمل، فيكون الزيادة المشروطة بإزاء عمله في ماله، ويجوز مثل هذا، كما في القراض.

يدل عليه: أن كل واحد منهما يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه فيكون نصف عمله له، ونصف عمله لصاحبه، وإذا صار نصف عمله لصاحبه يصح شرط الربح في مقابلته كما في القراض، وهذا لأن عقد الشركة لما اشتمل على معنى القراض صح أن يشترط فيه ما يشترط في القراض.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المشروط في القراض عمالة وجعالة، لأن عندنا الجعالات كلها باطلة، وهذا لأنها تعليق الملك بالحظر وتعليق الإملاك بالأحظار لا يجوز.

قالوا: ولا نقول: إن العامل في الصدقات يستحق ما يستحقه بطريق الجعالة بدليل أنه لو كان هاشميًا لا يستحق.

وشرط الجعالة للهاشمي جائز مثل ما يجوز لغير الهاشمي وإنما يستحقه

على أنه سهم من الصدقات مشروط استحقاقه بالعمل مثل سائر السِّهام اشترط لاستحقاقها إما بِيُتمٍ أو مَسكنةٍ أو فقرٍ أو غير ذلك، فأما أن يستحق على طريق الجعالة فلا نقول ذلك أصلًا.

قالوا: ومما يبين ما ذكرناه أن عقد القراض جاز لحاجة الناس إليه.

وبيانها: أن الإنسان قد يكون له مال وليس له هداية في العمل، فيحتاج إلى أن يلتمس من غيره ليعمل له، ولا يعمل ذلك الغير إلا بمالٍ فيشترط له فيه قدرًا من الربح ليرغب في العمل، ويكون ذلك أنفع من استئجاره زمانًا معلومًا للعمل بأجرة من ماله، لأنه يعمل لطلب الربح لأجل ما سَمّى له منه ما لا يعمل بتسمية الأجرة فجوّز عقد القراض رفقًا للعباد، وكذلك عقد الشركة وجب أن يجوز على شرط التفاضل في الربح لهذا النوع من الحاجة، وذلك لأنه قد يكون لأحد الشريكين من الهداية في العمل والتصرف ما لا يكون للشريك الآخر، فلا يرضى من الربح بما يرضى به صاحبه، فيحتاج إلى أن يُسمّى له زيادة ليرغب في العمل فليجز رفقًا بالعباد وتيسيرًا عليهم.

وهذا معنى قولنا الذي قدمناه إن الشركة اشتملت على معنى القراض فليجز فيه ما يجوز [١٣٥/أ] في القراض.

وليس كما لو سَمّى له زيادة معلومة من مائة أو مائتي درهم؛ لأن تجويزها يؤدّي إلى قطع الشركة في الأصل، لأنه ربما لا يوجد ربح إلّا بذلك القدر فتنقطع الشركة أصلًا.

وأمّا في مسألتنا لا يؤدّي شرط الزيادة إلى هذا فجاز كما سبق، وليس




كما لو شرط الوضيعة على التفاضل، لأن في ذلك شرط الضمان على أمين وهو باطل، ألا ترى أنه لا يجوز شرط الوضيعة على العامل في القراض.

وأما في مسألتنا فهذا شرط الربح لعاملٍ فيجوز كما يجوز في القراض أيضًا.

قالوا: وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال الوضيعة على رأس المال والربح على ما شرط[1].

۞ الجواب:

إنا قد بيّنا أن العقد غير وارد على العمل، لأنه مجهول.

وأمّا قولهم: «إن عقد الشركة ما يوجب الشركة».

قلنا: عندنا قد أوجب الشركة في الربح، فأمّا المال فلابد فيه من الشركة، لأن العقد عقد شركة على المال ولا شركة في المال إلّا بخلط المال بالمال، ثم إذا صح العقد جاز لكل منهما أن يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه بإذنه، لأنه لا يظهر الربح إلا بالعمل والربح مطلوب مقصود، فصار عقد الشركة في الحقيقة عقدًا على المال لمقصود الربح وظهوره بالعمل والمُظْهِرُ للمقصود ينزل منزلة الشروط فلا يكون معقودًا عليه.

وأما كلامهم على جهالة العمل بقولهم: «إن المطلوب هو الربح وهو معلوم».

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب جدًا ويوجد في بعض كتب الأصحاب عن علي» اهـ: ٣/٤٧٥.

وقال ابن حجر في الدراية: «لم أجده» اهـ: ٢/١٤٤.

قلنا: المعتبر هو العلم بالمعقود عليه، وما ليس بمعقود عليه فالعلم به لا يقوم مقام العلم بالمعقود عليه.

وأمّا الإجارة فالعلم بالمعقود عليه قد حصل بضرب المدة، وأعلم أنه لا تعلق لهم في هذه المسألة إلّا بعقد القراض، ولا نسلم أن عقد القراض عقد شركة على عمل، ولا نقول: إن الربح ثبت على الشركة مثل ما ثبت ههنا، والعامل لا يستحق الربح، لأنه شريكه في الربح، بل إنما يستحق على جهة الجعالة.

ولهذا قلنا: إن بمجرد ظهور الربح لا يملك العامل شيئًا من الربح وإنما يستحق بعد أن يتم العمل ويقتسما ويعطيه المسمى من الربح جعالة فيملك بالقبض مثل الجعل في سائر الجعالات.

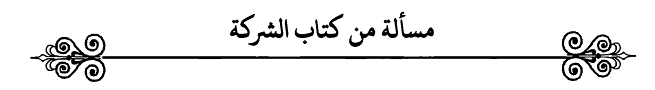
وأمّا قولهم: «إن هذا تعليق الملك بالحظر»، قلنا: إنما جاز ذلك لحاجة الناس إليه، وهذا كما نقول في السبق والرمي، فإنه يجوز شرط المال لأحدهما وإن كان فيه تعليق الملك بالحظر وإنما جاز لحاجة الناس إليه، كذلك ههنا.

وأما في مسألتنا فلا يتصور جعالة، بل هو في الحقيقة عقد شركة على المال لمقصود الربح على ما سبق.

وأمّا فصل زيادة دراهم معلومة على المسمى ففصل لازم.

وقولهم: «إنه يؤدّي جوازه إلى قطع أصل الشركة».

قلنا: إذا سَمّى زيادة معلومة على النصف من الربح لا يجوز أيضًا.



وفي هذه الصورة لا يؤدّي إلى قطع الشركة ومع ذلك لم يجز فبطل ما قالوه، والله أعلم بالصواب.






كتاب الوكالة

※ (مَسْأَلَة):

التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم يجوز عندنا[(١)].

وعند أبي حنيفة لا يجوز[(٢)].

❖ لنا:

إن التوكيل بالخصومة جائز بالإجماع، بدليل أنه إذا رضي به الخصم يجوز فإذا لم يرض فلا يبطل، لأنه بترك الرضا متعنت، والتعنت مردود في الشرع.

وإنما قلنا «إنه متعنت»، لأن التعنت طلب ما ليس له طلبه أو طلب زيادة بعد حصول مقصوده، وإنما قلنا «إنه متعنت بترك الرضا»، لأن مقصوده بجوابه ليس هو عين الجواب، وإنما المقصود معرفة إقراره وإنكاره حتى لو كان مقرًا يؤمن بإيصال حقه إليه، وإن كان منكرًا يتمكن من إظهار حقه عليه

---

(١) ينظر: المهذب: ٤٥٨/١، النكت: ورقة ١٦٣/أ، روضة الطالبين: ٢٩٣/٤، مغني المحتاج: ٢٢٠/٢، وبهذا قال الإمام أحمد ومالك، قال ابن قدامة: «وبه قال: مالك، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، والشافعي». ا. هـ. المغني: ١٩٩/٧، الإشراف للبغدادي: ٢٦/٢، الأسرار: ١٦٢/٢/أ (مراد ملا) دوري: ٣٨٤/١ مع الجوهرة.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٠٨، مختصر القدوري: ٣٨٤/١ مع الجوهرة، المبسوط: ٨/١٩، البدائع: ٣٤٥٠/٧، الأسرار: ١٦٢/٢/أ ـ ب (مراد ملا)، رؤوس المسائل: ٣٣٠.




بالبينة ولسانه ولسان وكيله في هذا المعنى واحد لا يختلف بحال.

فدل أن المقصود بجوابه يحصل بجواب الوكيل كما يحصل بجوابه فهو إذا طلب جواب الموكل بلسانه يكون متعنتًا مُتَجَنِّيًا فلم يقبل منه ذلك، وهذا كالتوكيل بقضاء الدين من غير رضا مَنْ لَه الدين يجوز، لأن مقصوده وصوله إلى حقه، ويده ويد وكيله في هذا المعنى واحد لا يختلف بحال، فصار بترك الرضا بيد وكيله وطلب يده متعنتًا فلم يقبل منه ذلك، كذلك ههنا.

❁ **وأما حجتهم:** [١٣٤/ب]

المدعي قد استحق على المدَّعَى عليه جواب دعواه حقًا له فلا يملك نقل حقه المستحق عليه بغير رضاه إلى غيره.

دليله: إذا أحال بدينه على غيره بغير رضاه فإنه لا يجوز، كذلك هاهنا، وهذا لأنه إذا كان الجواب حق المدَّعي وقد نقله إلى غيره فقد تصرف في حقه فلم يصح منه إلا برضاه كالدين سواء بسواء.

وإنما قلنا إنه استحق عليه الجواب حقًا للمدعي: أما استحقاق الجواب فلا إشكال فيه، ألا ترى أن القاضي يحضره ويطلب منه الجواب.

وأمّا الدليل على أنه حق المدَّعِي أن القاضي يطلب الجواب من المدَّعَى عليه عند طلب المدَّعِي، وما يقف على طلب الآدمي يكون حقًا له، ولأنه هو الذي ينتفع به.

ألا ترى أنه يتمكن من إثبات حقه فدل أنه حقه، وهذا لأنه يجوز أن يكون صادقًا في دعواه فلاحتمال جهة الصدق وجب عليه الجواب حقًا له.

وربما يقولون: إن قوله محمول على الصدق ما أمكن إذ الأصل في الأخبار الصدق فالشرع أثبت لهذا الخبر جهة الصدق بهذا القدر، لأنه ليس فيه كثير ضرر على المدعى عليه، لأنه يمكنه أن يحضر وينكر إن لم يكن عليه حق ويحلف إن طلب منه اليمين، وليس هذا كأصل الحق حيث لا يثبت على المدعى عليه بنفس الدعوى، لأنا لو أثبتنا عليه الحق بنفس دعواه لأدّى إلى ضررٍ عظيمٍ ومفسدةٍ عامةٍ لا نهاية لها، وهذا لا يجوز بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: وليس كما لو سقى أرضه فدخل الماء أرض جاره أو حفر بئرًا في ملكه فنزت[١] أرض جاره، لأنه متصرف في المسألتين في عين ملكه، وفي مسألتنا متصرف في حق الغير على ما ذكرنا.

قالوا: وأمّا قولكم: إن حقه يصل إليه بالوكيل كما يصل بالموكل فيكون بترك الرضا متعنتًا لا يصح هذا، لأن حقه وإن وصل إليه ولكن هو بالتوكيل متصرف في حق الغير وتصرفه في حق الغير باطل بكل حال.

ثم قالوا: وهو المعتمد، لا نسلم إنه متعنت بترك الرضا، بل له غرض صحيح في تركه الرضا، وَمَنْ له غرض صحيح في طلب شيء لا يكون متعنتًا في طلبه.

وبيان أن له غرضًا صحيحًا[٢] في ترك الرضا هو أن الناس يتفاوتون في الجواب تفاوتًا فاحشًا، فمنهم مَن يكون سهل الجواب سهل الخصومة، ومنهم

(١) نزت: النز: ما يتحلب من الأرض من الماء. ينظر: القاموس المحيط مادة (النز).

(٢) في المخطوط: غرض صحيح، والتصويب من المحقق.

مَنْ يكون شديد الجواب شديد الخصومة، فإذا كان سهل الخصومة لين الجواب فسهولته ولينه يُطْمِعُ صاحبه في إثبات الحق عليه، وإذا كان شديد الجواب ألد الخِصام فشدته وعسره تقطع طمع خصمه في إثبات حقه عليه، وهذا شيء معلوم إذا رجعنا إلى العادات.

قالوا: فإن قلتم: إن الجواب كيفما كان بوصف السهولة أو بوصف الشدة فالموكل يملكه، قال: بلى، ولكن يملكه بقدر ما يطلقه الشرع، فأما الوكيل فربما يزيد على قدر الجائز له توهمًا منه أنه محق في إنكاره فيستخرج الحيل المبطلة للحقوق ويستعملها فيه.

والحرف الوجيز في هذا لهم: أنهم يقولون الموكل يجيب، ولكن لا يجوز له أن يزيد على قدر الجائز من الجواب، وهو قد يعرف الجائز له، وأمّا إذا وكل فلا يؤمن أن يزيد الوكيل على الجائز ظنًا منه أنه محق في إنكاره فإنه يجوز له دفع المدَّعِي بكل حيلةٍ، فهذا غاية ما يقولونه في هذه المسألة.

قالوا: وخرج على هذا التوكيل بقضاء الدين، لأن الدين حق معلوم محدود لا يمكن الزيادة عليه فصار مَنْ له الدين بترك الرضا متعنتًا فلم يقبل منه.

وأمّا الخصومة فليس لها حد معلوم مقدر في الشرع، وقد جرت عادة الوكلاء على باب الحكام بشدة الخصومة، واستخراج الحيل التي تخفى على كثير من الناس، ويخفى ذلك على القضاة أيضًا، لأنهم يعرفون ظاهرًا من الأمور، ولا يعرفون البواطن، وإذا لم يكن له حد معلوم ولم يؤمن الزيادة فصار المدَّعِي بترك الرضا دافعًا عن نفسه ما عساه يتوجه عليه بخصومة

الوكيل، ولا يتوجه بخصومة الموكل؛ فلم يكن متعنتًا بترك الرضا لوجود الغرض الصحيح.

وربما يقولون: التوكيل بالخصومة إنما يجوز إذا كان المدَّعِي مبطلًا، فأما إذا كان محقًا لا يجوز، لأن الخصومة مدافعة ومنازعة، ودفع المحق عن حقه حرام، ومنازعته فيه محظور، فلا يعرف أن المدَّعِي محق أو مبطل فلا يجوز التوكيل على التوهم.

قالوا: وأمّا جواب الموكل نفسه إنما سمعناه ضرورة، لأنه لا يمكن أن لا نسمع قول المدَّعَى عليه، فأما التوكيل فلا ضرورة في جوازه فلا يجوز مع التوهم، والأول أحسن [١٣٥/أ]، وعبّر أبو زيد[١] عما ما قلناه، وقال: التوكيل وإن كان تصرفًا من الموكل في حقه لكنه يتناول حق صاحبه، وفسّر التناول بما ذكرناه من قبل من إبطال حقٍ ثابتٍ أو إثبات حق لم يعرف له ثبوت، وذلك بتفاوت المتخاصمين على ما سبق شرحه وبيانه.

❁ **الجواب:**

إنا نسلم أن الجواب مُستحَقّ على المدعى عليه، لكنه لحق الشرع لا لحق المدعي، لأن بالدعوى لا يجوز أن يستحق شيء ما، ولئن جاز أن يستحق الحضور والجواب بالدعوى جاز أن يستحق نفس الحق.

وقد قالوا واعترفوا في مسألة الصلح على الإنكار أنه لا يثبت شيء في حق المدعى عليه، وإن قالوا: يثبت، قالوا: بذلك في حق المدَّعي.

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٦٢ (مراد ملا).

فإن قالوا: وأيّ حق الشرع في حضوره وجوابه؟.

قلنا: دفع الخصومة ورفعها، وهذا يصلح حقًا للشرع، لأن الخصومات مفاسد وشرور، والخير يجلب الخير، والشَّر يجلب الشَّر، والمفاسد يجب دفعها عن دار الإسلام حقًا للشرع فوجب الحضور في مسألتنا.

والجواب لقطع الخصومة بين هذين، ورفع المنازعة بينهما يتضمن ذلك دفع مفسدة عن دار الإسلام، وذلك حق الشرع، وإنما وقف على طلبه، لأنه لا تكون خصومة إلا بالطلب.

وقولهم: «إنه هو الذي ينتفع به، لأنه يتمكن به من إقامة البينة».

قلنا: عندنا يجوز إقامة البينة بكل حال، ألا ترى أنه إذا كان المدعى عليه غائبًا يجوز له إقامة البينة، ولا يعرف أنه منكر أو مقر، وإنما القاضي يطلب إقراره وإنكاره ليعرف جهة القضاء، ويتبين له أطول الطريقين من أقصرهما على ما ذكرنا في مسألة القضاء على الغائب، ثم يقال لهم: النفع الأعظم بالإنكار للمدعى عليه، لأن الدعوى إن كان في دينٍ فإذا أنكر بقيت ذمته على البراءة الأصلية.

وإن كانت الدعوى في عينٍ فإذا أنكر بقي الدين في يده ملكًا له لا سبيل لأحدٍ عليه.

وأمّا الذي زعموا أن خبره محمول على الصدق ما أمكن فقد أجبنا على هذا في مسألة الصلح على الإنكار، وذكرنا أن المحتمل لا يكون حجة في شيءٍ ما، هذا جواب وتمشيته ممكن.

الجواب الثاني: وهو الأولى، وهو أنا إن سلمنا أن الجواب وجب حقًا للمدعي فقد قال بعض أصحابنا: وَجَبَ، ولكن لا عليه لكن بلسانه أو بلسان الوكيل فأينما وجد فقد خرج عمّا عليه.

وهذا ليس بشيء، لأنهم يقولون: الدعوى على المدعى عليه فيكون الجواب به متوجهًا عليه لا على غيره، ولأنه إذا وكّل فالوكيل نائبه، فكيف يقال إنه لم يكن الجواب واجبًا عليه على التعيين؟، لكن الجواب المعتمد أنه وإن وجب عليه لحق المدعي لكن ينظر: إلى حقه، ونحن نعلم قطعًا أن حقه ليس عين الإنكار، وكيف يكون دفعه عن حقه، وإنكاره حقه حقًا له، لكن حقه معرفة جوابه على ما سبق، وهذا بلسانه ولسان وكيله واحد فصار التوكيل توكيلًا بإيصال حقه إليه من معرفة جوابه، فأشبه التوكيل بقضاء الدين سواء.

وأمّا الذي قالوه: إن الناس يتفاوتون في الجواب.

قلنا: هذا محال، لأن الإنكار واحد من كل مَنْ يوجد ولا يتصور التفاوت في الإنكار وهو الجواب.

وأمّا الصِّياح واستخراج الحيل فليس هو الجواب، والكلام في الجواب إذ هو الواجب فحسب ثم يقال لهم: إن ثبت لكم التفاوت فالجواب بأيّ وجهٍ يوجد مملوك للموكّل فملك التوكيل فيه، ألا ترى أنه لو بالغ بنفسه وشدد في الخصومة بنفسه فإنه يمكّن من ذلك.

فأما الذي قالوا إن الوكيل ربما يزيد على مقدار الجائز.

والجواب عن هذا وعن الكلام الذي ذكروه عقيب هذا شيء واحد، وهو أن الوكيل جائز بالإجماع[1]، ألا ترى أن الخصم إذا رضي به جاز، وإنما جاز بناء على زعمه أنه محق في الإنكار، وأنه لا شيء على المدعى عليه، وكذلك في جانب المدعي إنما يجوز توكيله بناء على زعمه أنه محق في دعواه ولو اعتبر ما قالوه من الكلامين لم يجز أصل التوكيل، لأن الزيادة على قدر الجائز لا يجوز وإن رضي الخصم، وكذلك الوكيل على توهم الجواز لا يجوز وإن رضي الخصم فثبت قطعًا إن جواز التوكيل بناء على زعم الموكّل، فإذا كان وكيل المدعي يجوز له أن يثبت الحق بكل حيلةٍ تمكنه من هذا...[2] إذا كان وكيل المدعى عليه يجوز له أن يدفع المدعي بكل حيلة تمكنه.

وهذا جواب لا يبقى للخصم معه متنفس ولا حيلة لهم في الخروج عن هذا الكلام أصلًا.

وأمّا فصل الحوالة.

قلنا: إن نظرنا إلى جانب المحيل فهو إسقاط [١٣٥/ب] الدين الذي للمحتال عن ذمته، وإن نظرنا إلى جانب المحال عليه فهي تمليك المحتال دينًا من ذمته ولا يتصور واحد منهما إلا بوجود الرضا ممن يسقط حقه أو يملك حقًا.

وأمّا في مسألتنا فليس في هذا إلّا إيصال حق المدعي إليه بلسان الوكيل،

(١) ينظر: المغني ٧/١٩٦.
(٢) بياض في المخطوط.




وأمّا[١] سقوط الحق فلا يوجد أصلًا فبطل التعلق بمسألة الحوالة.

واعلم أن كل ما ذكرناه فهو في جانب المدعى عليه وإن تكلمنا في جانب المدعي فيكون الكلام أظهر، لأن دعواه خالص حقه بلا إشكال.

وغاية ما يقولون على هذا إن الناس يتفاوتون في الدعوى فمنهم مَنْ يكون شديدًا في دعواه، ومنهم مَنْ يكون سهلًا في دعواه فهو وإن وكّل في خالص حقه لكن يتناول جانب صاحبه.

والجواب ما سبق.

وربما يقولون: إن المدعي قد ينقلب مدعىً عليه في وسط الدعوى.

قلنا: إذا انقلب ينقلب معه ويستأنف الحكم على قضية الشرع، فأما في الحال فهو مدعٍ بلا إشكال فلا يعتبر فيه التوهم الذي قلتم، والله أعلم بالصواب.

❊ **(مَسْألَة):**

إقرار الوكيل على موكله باطل ولا فرق بين مجلس الحكم وغيره[٢].

وعند أبي حنيفة ومحمد: يجوز في مجلس الحكم ولا يجوز في غير

---

(١) في المخطوط (وأما) مكررة مرتين.

(٢) مختصر المزني مع الأم: ٤/٣، المهذب: ٤٦٢/١، النكت: ورقة: ١٦٣/أ، روضة الطالبين: ٣٢٠/٤، وهو قول الحنابلة والمالكية.

قال ابن قدامة وبه قال: «مالك والشافعي، وابن أبي ليلى»، المغني: ٢١١/٧، الإشراف للبغدادي: ٢٧/٢.




مجلس الحكم[1].

وعند أبي يوسف: يجوز في الحالين[2].

وقول زفر مثل قولنا[3]، وزعموا أنه القياس[4].

لنا:

أنه وكيل بالخصومة ولا يملك إلا الخصومة، والإقرار ليس بخصومة، لأن الخصومة عبارة عن المنازعة، والمدافعة، والإقرار مساعدة وموافقة، فيكون ضد الخصومة، ولا يجوز أن يملك بالشيء ضده.

يدل عليه من حيث الحكم: أنه لو أقر في غير مجلس الحكم لا يجوز ولو مَلَكَ الإقرار لَمَلكَ في الحالتين كالموكل، ولأن الإقرار يكون واحدًا في الموضعين.

أما حجتهم:

قالوا: الإقرار جواب الدعوى فيملكه الوكيل بالخصومة مطلقًا.

دليله: الإنكار، والدليل على أنه جواب: أن الدعوى خطاب بخبره

(١) مختصر القدوري: ٣٩٩/١ مع الجوهرة، المبسوط: ٤/١٩، بدائع الصنائع: ٣٤٥٦/٧، الأسرار: ١٦١/٢/ب (مراد ملا)، رؤوس المسائل: ٢٣٤.

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٩٩/١، بدائع الصنائع: ٣٤٥٦/٧، المبسوط: ٤/١٩، الأسرار: ١٦١/٢/ب (مراد ملا).

(٣) مختصر القدوري: ٣٩٩/١ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٣٤٥٦/٧، المبسوط: ٤/١٩، الأسرار: ١٦١/٢/ب (مراد ملا).

(٤) المبسوط: ٥/١٩، الجوهرة على مختصر القدوري: ٣٩٩/١.

فجوابه التصديق أو التكذيب، فإذا كان التكذيب جوابًا فيكون التصديق جوابًا، بل التصديق أولى أن يكون جوابًا، لأن التصديق أولى الجوابين.

وأمّا معتمدهم من حيث الفقه:

قالوا: التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة مجازًا، والإقرار جواب فيملكه لاعتبار العموم.

والدليل على أن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة أن التوكيل إنما يصح من الإنسان لغيره فيما يملكه، فأما الذي لا يملكه فلا يجوز التوكيل فيه، والذي يملكه المدعى عليه بكل حالٍ هو الجواب فإن المدعي إن كان محقًا يجيب بالتصديق وإن كان غير محقٍ يجيب بالإنكار، فأما الجواب بالإنكار بكل حال فلا يملك. وإذا ثبت هذا فنقول: إذا وكّل بالخصومة لا يجوز أن يحمل هذا الأمر على حقيقته، لأن الوكالة عقد صحيح بكل وجهٍ، والخصومة غير مملوكة بكل وجهٍ، فلابد من العدول إلى المجاز ليصح العقد بكل وجهٍ، فجعلنا التوكيل بالخصومة توكيلًا بجواب الدعوى ليصح من كل وجهٍ، وجهة جواز العبارة بالخصومة عن الجواب مجاز، لأن الجواب جواب الخصومة، والشيء سُمّي باسم ما يقابله بدليل قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾[1].

وبدليل قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾[2]، ومعلوم أن الثاني ليس سيئة ولا عدوانًا ولكن سُمِّي باسم ما

(١) سورة الشورى، آية: ٤٠، وقد استدل بهذا الدبوسي في أسراره: ١/١٦١ب (مراد ملا).

(٢) سورة البقرة، آية: ١٩٤.




يقابله على طريق المجاز، كذلك هاهنا.

قالوا: ولا يقال إن هذا استعمال اللفظ الواحد في الحقيقة والمجاز، فإنه قد مَلَكَ الإنكار وهو خصومة حقيقية وملك الإقرار وهو خصومة مجازًا.

وعندكم: لا يجوز أن يكون اللفظ الواحد متناولًا للحقيقة والمجاز جميعًا.

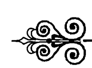
قال: هذا لا يصح، لأنا ما حملنا اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز، لكن قلنا صار اللفظ مجازًا عن الجواب، ثم مُلْكُ الجواب أُجري على عموم الجواب.

ونظير هذا إذا حلف أن لا يضع قدمه في هذه الدار فدخل حافيًا أو منتعلًا أو راكبًا أو ماشيًا يحنث، لأنه قد صرف عن حقيقته إلى جهة المجاز وهو الدخول، ثم اليمين تناولت الكل بعموم المجاز، كذلك ههنا.

قالوا: وليس يلزم إذا استثنى الإقرار حيث لا يجوز إقراره، لأن التوكيل بالخصومة إنما يصرفه إلى ما يملكه من الجواب إذا لم يصرح بما يمنع صرفه إليه، وهناك قد صَرّح بما يمنع صرفه إليه، لأنه لما استثنى الإقرار لم يبق إلا الإنكار فكأنه صَرّح بالتوكيل بالإنكار فلا يمكن صرفه إلى الجواب بل يقال للوكيل إن جاز لك الإنكار فأنكر وإلا فأخرج نفسك عن الوكالة.

وأمّا هاهنا لم يصرح بما يمنع صرف اللفظ إلى المجاز فصرفنا حتى يكون توكيله المطلق [١٣٦/أ] مصادقًا فإما يجوز من كل وجهٍ، وأمّا هناك فهو توكيل مقيد فيجوز أن يحكم بصحته من وجهٍ لا من وجهٍ.

قالوا: ونظير ما قلنا العبد بين شريكين إذا باع أحدهما نصيبه ينصرف

إلى نصيبه ليكون تصرفه فيما يجوز، ولو باع نصفه من النصيبين أو باع نصيب صاحبه لم يجز[1]، لأنه قد صرح بما يمنع صرفه إلى نصيبه خاصة، كذلك ههنا.

قالوا: وليس يلزم إذا أقر في غير مجلس الحكم حيث لا يجوز، لأنا إنما جوّزنا إقراره؛ لأنه جواب الخصومة فيقيد بمجلس الخصومة وهو مجلس القاضي، فأما الموكل فإنما جوزنا إقراره، لأنه جواب الخصم لكن بأصل حريته ومالكيته فلم يتقيد بمكانٍ دون مكانٍ.

قالوا: وليس يلزم الصلح والإبراء، لأنه ليس بجواب الخصم بل هو عقد مبتدأ، ألا ترى أن القاضي يطالب منه الجواب بالتصديق أو التكذيب، ولا يطالب منه الصلح ولا الإبراء.

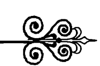
قالوا: ولا يلزم الأب والوصي إذا أقر على الصبي لأن ذلك جواب الخصم غير أنه لا يملكه، لأن الله تعالى قيّد تصرفهما بشرط الأحسن لليتيم، وليس الأحسن لليتيم أن يقر عليه.

فإن قلتم أنه أحسن له في الآخرة، بلى، ولكن أمر الآخرة قد وضع عنه لصغره إلى أن يبلغ ثوابًا وعقابًا فاعتبر الأحسن في الدنيا خاصة، وقد بينّا أنه ليس من الأحسن في أمر الدنيا أن يقر عليه بما لا يعرف وجوبه[2].

قالوا: وليس يلزم الوكيل بالخصومة في القصاص وحد القذف، لأنه قام دليل على المنع من الإقرار وهو أن الثابت به ما يندرئ بالشبهات، ونحن

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٦١/ب (مراد ملا).

(٢) الأسرار: ٢/١٦٢/أ (مراد ملا).



إنما صرفنا اللفظ إلى الجواب على طريق المجاز، فلا يخلو عن نوع شبهة، هذا كله في جانب المدعى عليه[1].

قالوا: وأمّا المدعي إذا وكّل بالخصومة فهو يملك الإقرار أيضًا بعد الشروع في الدعوى بأن ادّعى المدعى عليه إبراء المدعي أو استيفائه فصدّقه الوكيل صح ذلك.

وأمّا إذا أقر ابتداءً على موكله ببطلانه في دعواه اختلفوا فيه:

ـ فقال بعضهم[2]: يملك ويصير التوكيل بالخصومة توكيلًا بتبين الحق وإظهاره مجازًا على ما سبق فربما يكون الحق هو قَبلَه[3] الوكيل.

ـ ومنهم من قال: لا يملك الوكيل أن يعترف على موكله بإبطاله في دعواه ابتداءً، لأنه حينئذ يكون ردًا لأصل الوكالة فلابد من الشروع في الخصومة على ما يقتضيه التوكيل، ثم إن أقر بعد ذلك يجوز[4].

والمسألة في نهاية الإشكال عليهم، وهذا الذي ذكرناه لهم قدر الممكن، وقد تعلق كثير من مشايخهم بسماع البينة، وقالوا: الإقرار معنًى يسقط الخصومة فيملكه الوكيل.

دليله: إقامة البينة وسماعها.

---

(١) ينظر: الأسرار: ١٦١/٢/ب (مراد ملا)، ونقل الإجماع على ذلك.

(٢) وهو قول أبي يوسف، ينظر: مختصر القدوري: ٣٩٩/١.

(٣) كذا في المخطوط ولعل صحة العبارة (هو ما قبله...).

(٤) وهو قول أبي حنيفة ومحمد، ينظر: مختصر القدوري: ٣٩٩/١.



الجواب:

قولهم: «إن الإقرار جواب الخصم».

قلنا: بلى، ولكن لا بالخصومة بل بضدها، وهو إنما وكّل بالخصومة فلا يملك بها ضدها.

وأمّا قولهم «إنه توكيل بجواب الخصم على طريق المجاز».

قلنا: لا يجوز العدول إلى المجاز إلا بدليلٍ، فأما دليلهم يقال بطريق المجادلة، وهو وكيل بالخصومة، فإن عرف أن الخصومة جائزة له يفعلها وإلّا يُخرج نفسه عن الوكالة فيترك الموكل جانبًا.

ونظيره إذا استثنى الإقرار، وإذا جعلناه هكذا لا يحتاج إلى صرف اللفظ من الحققة إلى المجاز بل هو مقر على الحقيقة.

وقولهم: «إن التوكيل جائز بكل وجهٍ».

قلنا: الوكالة عقد شرعي فيجوز على ما يجوّزه الشرع، والشرع يجوّز الإنكار إذا لم يعرف أن المدعي محق، فأما إذا عرف أن المدعي محق فلا يجوز له الإنكار، فلا يجوز هذا العقد على مكابرة الشرع والعقل، بل يجوز على ما يوافق الشرع وهذه مجادلة حسنة جدًا.

فأما على المفاقهة نقول: عقد الوكالة قد جاز من كل وجهٍ مع تقرير الخصومة على حقيقتها، لأن عقد الوكالة ينبني على زعم الموكل في الشرع.

والدليل عليه: أن المدعي إذا وكّل إنسانًا بالدعوى يجوز له الدعوى من



غير أن يبحث أنه محق أو مبطل بل يدعي بناء على قوله إنه محق في الدعوى، وكذلك إذا وكل المدعى عليه بالإنكار يجوز له الإنكار من غير بحث أنه محق في إنكاره، أو مبطل بل ينكر بناء على قوله «إنه مبطل في دعواه، وإذا ثبت هذا الأصل فقد جاز التوكيل من كل وجه بالخصومة وهي المناكرة ولا تحتاج إلى صرف اللفظ إلى المجاز بوجهٍ ما، بل يترك على حقيقته وأُجرى على ما بينا.

وهذا جواب قطعي لا يأتي عليه اعتراض ثم نقول إن سلمنا لكم على المسامحة أنه وكيل بجواب الخصم فلا يملك الإقرار أيضًا.

ونقول لو [١٣٦/ب] صرّح بالتوكيل بجواب الدعوى لا يملك الإقرار أيضًا، وإنما قلنا ذلك، لأن العرف مُحكّم على المعاملات خصوصًا في الوكالات بدليل إنه لو وكلّ إنسانًا بشراء الفحم في الشتاء ثم جاء الصيف ينعزل. ولو وكل بشراء الجمد في الصيف ثم جاء الشتاء ينعزل، ولا يجوز أن يشتري، وإذا ثبت أن العرف مُحكّم فليس من العرف أن يُوكل ليقر بل العرف أنه يُوكل لينكر، وهذا عُرفٌ عامٌ لا يوجد خلافه بحال، وهذا لأن التوكيل حقيقته استعانة بالغير في تصرف يفعله، وإنما يستعين الإنسان بغيره فيما يعجز عنه، فأما فيما يقدر عليه بنفسه في الحال فلا.

يدل عليه: أنه لو وكّل غيره بالإقرار، وصرّح به يصير مقرًا في الحال، فكيف تصح من الوكيل النيابة في الإقرار، والتوكيل به صريحًا لا يتصور.

وإن قلتم لا يصير مقرًا ما لم يقر الوكيل فمحال، لأن التوكيل بالاعتراف، دليل على الاعتراف، لأنه لا يجوز أن يُوكّل بالاعتراف إلا معترف، وهذا

لأنه ليس بإنشاء تصرفٍ حتى تصح الاستنابة فيه، إنما هو إخبار بواجبٍ عليه، فإذا قال: «أخبر المدعي بوجوب هذا الحق علي» فلابد من الوجوب ليصح الأمر بالإخبار كالرجل يقول: «أخبر فلانًا بأن زيدًا في الدار»، فلابد من كون زيدٍ في الدار حتى يصح الأمر بالإخبار، وإذا ظهر الوجوب بهذا الطريق يصير مقرًا قطعًا، وإذا صار مقرًا لم يصح التوكيل بالإقرار إنما يكون إخبارًا بإقراره لا إقرارًا عليه.

وكذلك نقول في الإنكار، فإنه إذا وكّل بالإنكار يكون منكرًا.

فدل أن الاستنابة في الإقرار والإنكار لا تتحقق أصلًا، وإنما يتحقق التوكيل بالخصومة فحسب إلا أنه مَلَكَ الإنكار، لأنه خصومة، أو لأنه لا تتصور خصومة إلّا معه، والإقرار ليس بخصومةٍ على ما سبق فلا يملكه فجاء مما قلناه كلامان:

أحدهما: أن الإقرار مستثنى عنه عرفًا فصار كالمستثنى صريحًا.

والآخر: أن التوكيل بالإقرار لما لم يتحقق وليس بخصومةٍ لم يملكه الوكيل، والإنكار مَلَكَه، لأنه لا تتصور خصومة إلّا بمناكرة، فَمَلَكَ لهذا، وهذا كلام يصلح الاعتماد عليه ابتداءً.

فإن قالوا: لو أراد أن لا يقر لنهاه صريحًا.

قلنا: قد حصل النهي عنه عُرفًا فاستغنى عن التصريح كمسألة نقد البلد.

والجواب الأول أحسن.

وأمّا تعلقهم بفصل سماع البينة وإقامتها.



قلنا: هو من الخصومة، لأنه إن أقيم عليه البينة فقد حَاجّه صاحبه بحجة مَنْ يخاصم، وإن أقام هو البينة فقد حَاجّ خصمه بحجة مَنْ يخاصم فهذا عين الخصوم، فأما إذا أقر فقد استسلم وانقاد لخصمه فكيف يكون مخاصمًا معه؟ مثل الإنسان يكون مناظرًا مع صاحبه إذا خالفه، فأما إذا وافقه فلا.

وقولهم: «إنه يرفع الخصومة».

قلنا: بل، يُنهي الخصومة، لأنه إذا سمع عليه البينة وأقام هو البينة فقد انتهت الخصومة، والشيء إذا فعله الإنسان إما بنفسه أو نيابة عن غيره فلابد أن يكون له آخِر، وهذا آخِر الخصومة ونهايتها، فأما الإقرار فهو فعل ضد الخصومة بالتوكيل بالخصومة، وهذا لا يجوز بحال. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلة):

الوكيل بالبيع لا يملك البيع إلا بثمن المثل وبنقدٍ، ولا يملك بيعه بعَرَضٍ[1].

وعند أبي حنيفة: يملك بما عَزّ وَهَانَ حالًّا وبزمانٍ بأيّ ثمنٍ كان[2].

(١) مختصر المزني: ٩/٣، المهذب: ٤٦٦/١، النكت: ورقة ١٦٥/أ، وبه قال المالكية والحنابلة، قال ابن قدامة: «وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد»، ا. هـ. المغني: ٢٤٧/٧، الإشراف للبغدادي: ٢٨/٢، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٩٤/١، ٣٩٥، بدائع الصنائع: ٣٤٦٣/٧، المبسوط: ٣٦/١٩.

(٢) مختصر الطحاوي: ١١١، ١١٢، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٩٤/١، ٣٩٥، المبسوط: ٣٦/١٩، البدائع: ٣٤٦٣/٧، رؤوس المسائل: ٣٣٦.

❁ **لنا:**

أنه وكيل مخالف، فلا يصح خلافه على موكله.

دليله: إذا وكّل بالبيع فَوَهَبَ.

وإنما قلنا: «إنه مخالف» لأنه وكيل بالبيع وإذا باع بغبنٍ فاحشٍ، فالمفعول بيع من وجهٍ تبرع من وجهٍ فيكون مخالفًا.

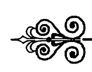
وأمّا قولنا: «بيع من وجه» فلا إشكال فيه.

وقولنا: «تبرع من وجه» فالدليل عليه أنه لا يصح البيع بغبن فاحش إلا ممن يملك التبرع، فأما مَنْ لا يملك التبرع وإن مَلَكَ البيع لا يصح بيعه بغبن فاحش، بدليل بيعه بغبن: الأب والوصي والمريض والمكاتب إن سَلّموا، فلما لم يصح البيع بغبن إلا ممن يملك البيع تارة والتبرع أخرى. دل أنه بيع من وجه تبرع من وجهٍ لأن التبرع بذل مال بلا عوض، وهذه الزيادة في البيع بغبن وإن كان بإزاء مال تسمية فليس بإزاء مالٍ حقيقة.

ألا ترى أنه إذا فقدت التسمية وجاء الأمر إلى البدل الشرعي الذي هو مبني على تعديل العوض بالمعوض مالية، فإنه لا تجب هذه الزيادة بحالٍ، فثبت ما قلناه «إنه بيع من وجهٍ تبرع منه» لأنا إن نظرنا إلى التسمية صورة فهو بيع وإن نظرنا إلى الحقيقة فهو بذل مال.

واستدل الأصحاب بفصل العادة وقالوا: العادة محكمة في المعاملات خصوصًا في الوكالات.

أما في المعاملات بدليل أنه لو باع بألف درهم ينصرف إلى نقد البلد



رجوعًا [١٣٧/أ] إلى العُرف والعادة.

وأمّا في الوكالات فقد قالوا: لو وكّل بشراء الطعام ينصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل نحاة العراق.

وقالوا: إن ببغداد يسمى سوق الحنطة سوق الطعام.

ويدل عليه مسألة الفحم والجمد على ما عرف.

وكذلك قالوا: لو دفع دراهم يسيرة إليه ليشتري بها طعامًا ينصرف إلى الخبز فإن دفع دنانير أو دراهم كثيرة ينصرف إلى الحنطة وكان ذلك باعتبار العُرف أيضًا.

وإذا ثبت تحكيم العرف فهو يوجب تقييد الوكالة بثمن المثل فصار كما لو قُيّد لفظًا.

وعندي أن الاعتماد على الطريقة الأولى.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: وكيل موافق فيجوز فعله على موكله.

دليله: إذا باع بثمن المثل، ودليل الموافقة أنه مأمور بالبيع، والمفعول ههنا بيع، لأنه قال: «بعتُ كذا بكذا».

وإنما يوجد شرعًا ما يفعله بالمعاقدة لفظًا، والذي فعله هو البيع، لأنه تلفظ به فيكون الموجود شرعًا هو البيع أيضًا.

يدل عليه: أن حدّ البيع: مبادلة المال بالمال على ضد وضع التبرع لأنه

بذل مال بلا مال.

وفي مسألتنا وجدت مبادلة المال بالمال بدليل ما ذكرناه من قوله «**بعتُ كذا بكذا**»، وهذا نص في أنه مبادلة مال بمالٍ.

وإذا ثبت هذا فنقول:

تقييد الأمر بثمن المثل وهو مطلق في نفسه تغييره، والتغيير بهذا الوجه، قد بينا أنه نسخ، والنسخ لا يجوز إلا بدليل، وهذا وإن لم يسمّ نسخًا لكنه تغيير الأمر بلا إشكال.

وكما لا يجوز تغيير أمر الله تعالى إلّا بدليل قاطع لا يجوز تغيير أمر العباد أيضًا.

واستدلوا: في أنه بيع من كل وجهٍ بأنه لو حلف أن لا يبيع فباع بهذا الوجه حنث، ولأن البيع له ثلاثة أوصاف يقال: بيع رابح، وخاسر، وعدل، فعلى أيّ وجهٍ كان فهو بيع، ولأن الربح مقصود في التجارة فلا يجوز أن يصار إلى أن الربح المقصود إذا حصل يخرج العقد عن كونه بيعًا ويصير شيئًا آخر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه إذا باع بغبن فاحش يعتبر خروج الزيادة من الثلث دل أنه تبرع، لأنا لم نعتبر خروجها من الثلث لأنه تبرع، لكن لأجل إدخال الضرر على الورثة ببيعه، وهو ممنوع من إدخال الضرر على الورثة سواء كان ذلك الضرر بتبرعٍ أو بيعٍ.

قالوا: وأمّا قولكم: «إنه لا يصح البيع بغبنٍ فاحشٍ إلا ممن يصح منه

التبرع»، ليس كذلك، فإن المكاتب والعبد المأذون والصبي المأذون يصح منهم البيع بغبنٍ فاحش ولا يصح منهم التبرع.

فأما الأب والوصي فإنما لم يجز منهما ذلك لا لأجل أنهما لا يملكان التبرع، بل، لأن تصرفهما مقيد بشرط الأحسن بنص الكتاب، وليس من الأحسن أن يؤمر بالبيع فيبيع بالغبن.

وأمّا المريض لا يملك البيع بالغبن، لا لأنه لا يملك التبرع لكن لأنه تصرف تصرفًا أدخل به الضرر على الورثة، وهو ممنوع من تصرفٍ يضر بالورثة سواء كان بالتبرع أو لا بالتبرع[1].

قالوا: والدليل على أن المريض إذا باع بالغبن فهو بائع وليس بمتبرعٍ أن المشتري يقال له: إما أن يُوفِّر الثمن الذي هو ثمن المثل أو يفسخ البيع، ولو كان تبرعًا لم يكن سبيل إلى الفسخ.

واعترضوا على قولنا: «إنه يقيد الأمر بثمن المثل بالعُرف».

قالوا: لو تقيد به في الوكالة لتقيد به في الثمن، وبالإجماع لو حلف ألا يبيع فباع على هذا الوجه يحنث[2]، وهذا لأنه إنما لم يتعارف هذا البيع استعمالًا، فأما اسمًا فهو متعارف، لأن كل الناس يسمونه بيعًا ويعرفونه بيعًا، وإذا عُرِفَ بيعًا دخل تحت الأمر وإن لم يعرف استعمالًا.

ألا ترى أنه لو حلف أن لا يأكل لحمًا فأكل لحم الآدمي أو لحم ميت

---

(١) كذا في المخطوط، ولعل صحته: أو لم يكن بالتبرع.

(٢) لم أجده في مظانه.

يحنث، لأنه يسمى لحمًا عرفًا وإن لم يكن كسائر اللحوم في الأكل استعمالًا.

قالوا: وإذا ثبت أنه يسمى بيعًا عرفًا فلابد من دخوله تحت الأمر بالبيع ولا ينظر: إلى فقد الاستعمال، كما لو حلف أن لا يبيع فباع بغبنٍ يحنث، وينظر: إلى دخوله في اسم البيع عرفًا وإن فقد استعمالًا، وهذا لأن في العمومات يعتبر اللفظ وشموله للمسميات، لأن اللفظ هو الذي ينظمها.

فأما تعارف الاستعمال فلا معنى لاعتباره، لأنه سواء يجري التعارف باستعماله أو لم يجر، فإذا استعمل يصح لدخوله تحت اللفظ، كما لو نص.

قالوا: وأمّا مسألة نقد البلد:

فعندنا: إنما انصرف الثمن المطلق إليه لأجل تصحيح العقد غير إنه صار أولى من سائر النقود لأجل غلبة الاستعمال فلم يكن الصرف إلى نقد البلد بمجرد العرف.

قالوا: وكذلك إذا وكّل بالبيع بألفٍ يتصرف إلى نقد البلد لأجل تصحيح الوكالة.

وأمّا في مسألتنا فالبيع بكل قدرٍ صحيح، والاسم متناول للكل على وجهٍ واحدٍ.

وإنما الخلاف في الاستعمال، والمعتبر عموم [١٣٧/ب] الاسم بدليل مسألة الحلف فإنه ينظر: فيه إلى عموم الاسم ولم ينظر: فيه إلى الاستعمال.

وهذا هو الإشكال على هذه الطريقة.




قالوا: وأمّا مسألة الوكيل يشري الطعام، فإنما انصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل أن الاسم في العرف لا يتناول غيره.

ومسألة الفحم والجمد منعوا على قول أبي حنيفة.

قالوا: وليس كما لو وكّل بالشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل حيث لا يجوز، لأنا إنما نسلم في العبد المطلق الذي يمكن شراؤه لنفسه، وأمّا إذا كان معينًا ولا يمكنه شراؤه لنفسه فإنه يجوز على موكله بكل حال، وفي العبد المطلق إنما لم يجز لا لعدم دخوله تحت الاسم بل لأجل أنه متهم في هذا الشراء، والوكيل أمين وموضع التهمة لا يتناوله عقد الأمانة.

وبيان التهمة: أنه يجوز أن يكون اشتراه لنفسه فلما نظر وارتاب ولم يقع بموافقته أظهر أنه اشتراه لموكله وهذا لا يوجد في البيع فجاز فعله على موكله كيف باع.

وخرجوا على ما قلنا إذا باع من أبيه وأمه حيث لا يجوز عند أبي حنيفة، لأنه متهم في البيع منهما، وقد بيّنا أن الوكالة أمانة فتخرج من موضع الخيانة من عقد الأمانة.

وأمّا في مسألتنا فلا تهمة في البيع من الأجنبي سواء باع بثمن المثل أو أقل أو أكثر، واللفظ قد يتناول الجميع على وجه واحد على ما سبق فوجب أن يجوز بيعه بكل حال.

قالوا: وإذا ثبت هذا الحكم وهو جواز البيع من الوكيل بما عزّ وَهَانَ أيضًا بنقدٍ وبزمانٍ، لأن الكل بيع وهو متعارف أيضًا وهو بيع من كل وجهٍ

أيضًا، وكذا جاز بأيِّ ثمن كان، لأن العقد فيما يرجع إلى ما يخرجه عن ملكه بيع، وإنما هو شراء فيما يرجع إلى العوض الذي يقابله.

والمعتبر عموم الاسم فيما أضيف إليه اسم البيع وهو الذي يخرجه عن ملكه، فأما الذي يدخله في ملكه فهو بمنزلة التبع لهذا.

۞ **الجواب:**

قولهم: «إنه وكيل موافق».

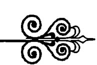
قد دللنا على أنه مخالف في حجتنا، والمعتمد في بيان الخلاف أنه مأمور بالبيع من كل وجهٍ، والمفعول بيع من وجهٍ تبرع من وجهٍ.

فأما قولهم: «إنه قال: بعتُ كذا بكذا، وقولهم: «إن حدّ البيع مبادلة المال بالمال، وقد وجد بقوله: بعتُك كذا بكذا».

قلنا: هذا كله بيان وجود البيع تسمية وصورة، ونحن لا ننكر أنه بيع تسمية، ولكنه تبرع حقيقة بدليل ما بينا، وصورة ما قلنا: إنه إذا باع عبداً يساوي ألفًا بخمسمائة فهي في نصف العبد متبرع حقيقة، وإن كان بائعًا تسمية، فأما في النصف الآخر بائع حقيقة، وتسمية، وإنما قلنا ذلك، لأن البيع عقد مبادلة بمال فكما ينظر: إلى أصل المال ينظر: إلى قدر المال، لأن الكل مقصود مطلوب.

ولهذا اعتبر إعلام قدره بالإشارة في بيع العين أو الخبر في بيع الوصف.

وإذا عرف هذا فعند النظر إلى أصل المال يكون مبادلة المال بالمال




وعند النظر إلى قدر المال يكون نصف العبد مالًا بمالٍ، فأما النصف الآخر يكون مبذولًا بلا مالٍ فثبت بهذا التقدير ما ادّعيناه قطعًا.

وأمّا قولهم: «إن البيع له ثلاثة أوصاف».

قلنا: البيع من كل وجهٍ له وصف واحد، وقد سبق الدليل عليه، ولا يحصلون في هذا إلا على مجرد الدعوى.

وأمّا قولهم: «إن المقصود من البياعات طلب الربح».

قلنا: بل، المقصود الذي وضع له العقد في الشرع هو تحصيل شيء بشيء، وإن شئت قلت المقصود من الشراء تحصيل الوصول إلى الأعيان، والمقصود من البيع الوصول إلى الأثمان، فأما الربح فإنما يوصل إليه بأسبابٍ وَحِيلٍ على ما يعرف في المعاملات، ولا نقول إن أصل العقد شرع لأجله، لكن شرع لما بينا غير أنه يتوصل إلى الربح بطريق زائد.

وأمّا المسألة التي تعلقوا بها وهي مسألة الحلف على ترك البيع، فهي مسألة مشكلة على طريقة مَنْ يستدل بالعُرف، خارجة على هذه الطريقة التي اعتمدنا عليها، لأنا قلنا بيع من وجهٍ تبرع من وجهٍ فحنث لوجود البيع وإن كان تبرعًا من وجه، ولهذا نقول أيضًا إنه لو حلف أن لا يتبرع على فلانٍ بشيء ثم باع منه بالمحاباة يحنث لوجود التبرع من وجهٍ.

وعلى الجملة نقول: هو بائع متبرع فحنث في كلا اليمينين وحين وصلنا إلى هذا الموضع فقد استمرت الطريقة، وخرّج عليها ما ذكروا من الأَسولة.

وعلى هذا لو باع نسيئاً لا يجوز، لأنه مبادلة مال بمالٍ من وجهٍ وإسقاط

من وجهٍ على ما عرف أن التأخير أخو[1] الإسقاط.

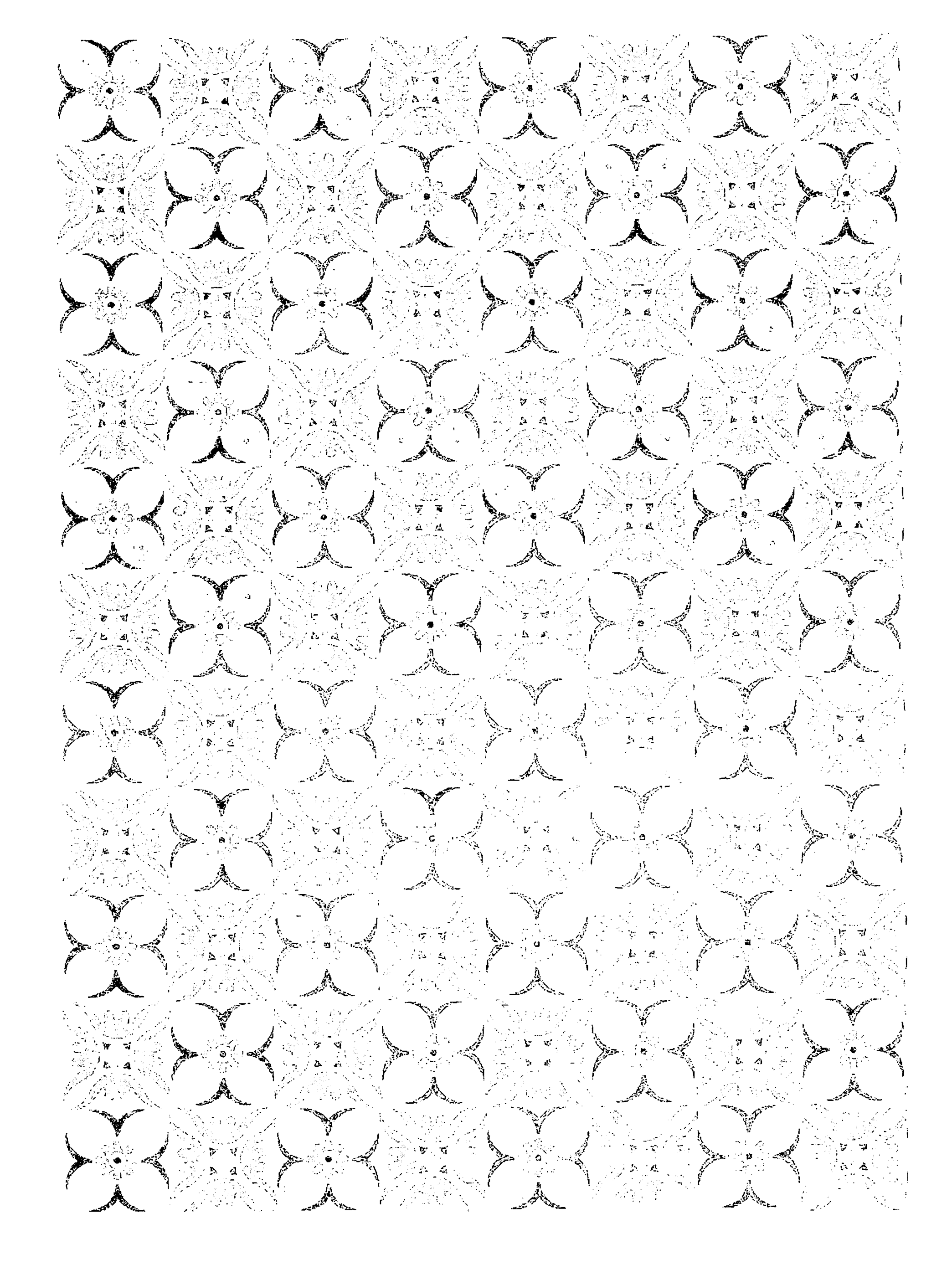
ولهذا لو شهد الشهود بالتأجيل في الدين ثم رجعوا ضمنوا. وعلى هذا فإذا باع بعرضٍ لا يجوز، لأنه أمره ببيعٍ من كل وجه وإذا باع بعرض [١٣٨/أ] فهو بيع من وجهٍ شراء من وجهٍ، فإن البيع مبادلة مال بمال، فإن نظرنا إلى هذا العرض فهو بيع، وإن نظرنا إلى العرض الثاني فهو شراء، فلما اختلف على هذا الوجه لم يجز.

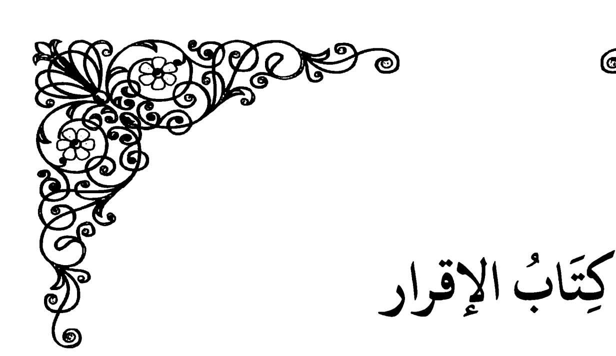
وأمّا الذي اعتذروا عن فصل الشراء من ذكر التهمة، فقد يوجد مثله في البيع من مُواضَعة بإعطاء رشوة أو بيع شيء آخر منه بمحاباة في مقابلته، فينبغي إلّا يجوز أيضًا.

والاعتماد على ما سبق، والله أعلم.



(١) في المخطوط: أخ.






كِتَابُ الإقرار

❋ (مَسْأَلَة):

دين الصحة لا يقدم على دين المرض عندنا(١).

وعندهم: يقدم(٢).

❋ **لنا:**

أن دين المريض مثل دين الصحة في الوجوب فلا يقدم عليه قياسًا على دين الصحة أو دينًا لمريضٍ فإنه لما لم يكن لأحدهما مزية على الآخر في الوجوب فَلِمَ يقدم عليه؟.

وإنما قلنا: «إنه مثله في الوجوب»؛ لأن الوجوب يظهر بقوله في ذمته،

---

(١) مختصر المزني: ٣/١٣ مع الأم، المهذب: ٢/٤٤٠، النكت: ورقة ٣٠٨/ب، المنهاج مع المغني: ٢/٢٤٠، نهاية المحتاج: ٥/٧٠.
وقال في المهذب: «قُسِمَ بينهما على قدر الدينين...». ا. هـ.
وهو قول مالك وأحمد، قال ابن قدامة في المغني: «وبه قال: مالك، والشافعي، وأبو ثور، وظاهر كلام الخرقي أنهما سواء وهو اختيار التميمي...»، ا. هـ: ٧/٣٣٢، الإشراف للبغدادي: ٢/٣٥.

(٢) الأسرار: ٢/١٩٤/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٨٦، مختصر القدوري: ١/٣٣٠ مع الجوهرة، المبسوط: ١٨/٢٦، رؤوس المسائل: ٣٤٠.
قال أبو الخطاب من الحنابلة: «لا يحاص غرماء الصحة، قال القاضي: وهو قياس المذهب: لنص أحمد في الفلس»، إنه إذا أقر وعليه دين ببينةٍ يبدأ بالدين الذي بالبينة وبهذا قال: النخعي، والثوري، وأصحاب الرأي»، ا. هـ. المغني: ٧/٣٣٢.

وقوله مثل قول الصحيح فيما هو سبب الوجوب فيكون قوله مثل قول الصحيح فيما هو إظهار الوجوب.

وبيان ذلك في المعاملات والمناكحات وأسباب الغرامات أجمع فإن هذه الأشياء يستوي فيها الأصحاء والمرضى، ولا مزية لصحيحٍ فيها على مريضٍ، وكذلك ذمة المريض مثل ذمة الصحيح، لأنها محل الوجوب فإذا استوى الصحيح والمريض في أسباب الوجوب فلابد أن يستويا في محل الوجوب.

يبينه: أن الذمة عبارة في اللغة: عن العهد[1].

وفي الشرع: عبارة عن محل الإلزام، والالتزام.

وعهد المريض مثل عهد الصحيح، وهو في الإلزام الشرعي والتزامه مثل الصحيح أيضًا، فتبين بما قلنا أن الدينين استويا في الوجوب والقضاء يتبع الوجوب فإذا استويا في الوجوب استويا في القضاء، ولم يجز أن يقدم أحدهما على الآخر في القضاء.

۞ وأما حجتهم:

«قالوا: المريض محجور عن الإقرار بالدين لدين الصحة فلا ينفذ في حقه كَمَنْ رهن مالًا أو أجّره ثم أقر به لإنسان فإنه لا ينفذ في حق المرتهن والمستأجر، وإنما قلنا ذلك لأن حق الغريم في الصحة يتعلق بماله من حيث الاستيفاء عنه عند موته مستندًا إلى أول زمان المرض فيصير إقرار المريض

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه: ٣١٨.

مصادفًا حقه، لأنه إذا وجب تعلق بماله كما يتعلق الأول فيصير محجورًا عن الإقرار بحق الأول، كما لو رهن عين ماله ثم أقرّ به لإنسان، وهذا لأن الإقرار خبر وهو يحتمل الصدق والكذب، والكذب لا يكون حجة وهو غير مصدقٍ إلا على نفسه، لأنه لا ولاية له على غيره حتى يصدق عليه، فبقي إقراره كذبًا في حق الأول فلا يصدق عليه إلا أن يصدقه على نفسه كالأصل الذي بينّاه.

ثم الدليل على تعلق حق الغريم بماله عند الموت مستندًا إلى أول مرضه إجماعهم على أنه لو وهب شيئًا من ماله في مرضه ثم مات وعليه دين مستغرق بطلت الهبة مع ملك الموهوب له الموهوب حتى لو كانت جارية يحل له وطؤها، ولولا أن حق الغريم تعلق بماله واستند إلى أول مرضه لم يبطل، لأنه ليس هاهنا حق ثالث حتى يبطل بحقه»[1].

[ألا ترى أن الهبة لو كانت في حال الصحة لم تبطل، وهذا لأن الموت سبب لوجوب المال لغيره على الترتيب:

الدين، ثم الوصية، ثم الميراث، وسبب الموت المرض فإذا وجد الموت ووجب الحق استند الوجوب إلى أول السبب، كالزكاة إذا وجبت عند حَولان الحول يستند إلى أول ملك النصاب، ولهذا صح الإخراج، وكذلك إذا جرح إنسانًا ومات استند وجوب الكفارة إلى أول الجرح، ولهذا صح إخراج الكفارة بعد الجرح.

وكذلك على أصلكم الكفارة في اليمين يستند وجوبها إلى اليمين.

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٩٤/ب (مراد ملا).

والدليل على الاستناد في هذه المواضع أن إخراج الواجب وأداءه لا يتصور إلا بعد الوجوب، فلولا أن الوجوب يستند إلى هذه الأسباب وإلا لم يجز أداء هذه الواجبات عند وجود هذه الأسباب، وكذلك إذا اشترى جارية على أن البائع بالخيار فولدت أو اكتسبت كسبًا ثم أجاز البيع يستند الملك إلى أول البيع حتى يملك الولد والكسب، كذلك في مسألتنا يكون الحكم مثله في هذه المواضع][1].

والحرف: أنه إذا استند حق الغرماء إلى أول المرض ثبت حقهم [١٣٨/ب] في ماله ثبوتًا لازمًا فيمتنع عليه تصرفه المبطل لحقهم مثل الرهن سواء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن هبته إنما لم تجز نظرًا من الشرع له حتى يبقى ماله فيصرفه إلى أولى الحقين وهو قضاء الدين، لأن هذا النظر لو ثبت في حالة المرض لثبت في حالة الصحة، ألا ترى أن في الموضعين هو مأمور من حيث الندب أن يصرف ماله إلى قضاء الدين ويقدمه على التبرعات فلما لم يثبت هذا الحجر نظرًا في حالة الصحة لا يثبت في حال المرض.

ولا يلزمنا مثل هذا لأنا إنما أثبتنا ما ادّعيناه بإسناد الحق إلى سببه والمرض سبب الموت، أما قبل المرض لا سبب لموته حتى يستند إليه.

يدل عليه: أن الحجر الذي قلتم لو ثبت لثبت لأمر من أمور الآخرة حتى يلقى الله تعالى فارغ الذمة، ونحن لا نرى الحجر لمثل هذا الحق مثالًا في الشرع، ونجد الحجر للآدمي مثالًا، بدليل مسألة الرهن والإجارة، وهذا لأن الحجر في الشرع إنما يكون لحق الغير أو لنقصان في العقل مثل الصبي،

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٩٤/ب (مراد ملا).

فأما نظرًا ليتوفر عليه ثواب الآخرة فلا يعرف له أصل.

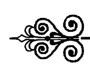
ألا ترى أن البيع وقت النداء لما كان منهيًا عنه لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عنه حتى لو فعله جاز، وكذلك الإسراف في إنفاق المال لما كان منهيًا لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عليه فيه حتى لو فعله نفذ»[1].

يدل عليه: أن الشرع قد نظر له بأن جمع له الحرية والعقل والبلوغ ودله على أرشد الأمور وأولاها فإذا ترك النظر لنفسه لا يجب ابتداءً نظر من قبل الشرع بل يؤخر إلى الآخرة.

وأمّا الحجر لحق الغير ثابت بكل حال لما بينّا أنه لا ولاية له على الغير حتى يبطل حقه فبطل تصرفه ولم يبطل حق الغير.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا إذا أقر بدينٍ في المرض ثم أقر بدينٍ حيث يستويان، لأنا ذكرنا أن حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند، والمريض يصير محجورًا لحق الدين من أول مرضه وإن ثبت بعده، فإنه لو وهب ثم أقر بدين مستغرقٍ أو لحقه الدين بسبب معاين ثم مات بطلت الهبة، كما لو أقر بدين ثم وهب، وإذا كان الحجر علة لا يترتب بترتب وجوب الدين بل يستند الجميع إلى أول المرض ثبت الحجر عن الأول بالثاني، كما ثبت عن الثاني بالأول فاستويا حكمًا وصار كأنه أقر بهما جملة، وهذا لأن الإسناد إلى أثناء زمان السبب لا يمكن، وإنما يستند إلى أول السبب وإذا أسندنا إلى ذلك الزمان استوى الدَّينان بخلاف مسألتنا، فإن الحجر عن دين الصحة بدين المرض غير متصورٍ، والحجر عن دين المرض بدين الصحة قد صورناه بتقدمه

(١) ينظر: الأسرار مع بعض التصرف: ٢/١٩٥/أ (مراد ملا).

ووجوده في أول زمان المرض دون دين المرض.

قالوا: ولهذا نقول لو لزمه دين في مرضه بسبب معاين من استقراضٍ أو شركةٍ أو مهرٍ امرأة أو استهلاكٍ يكون هذا أولى من الثابت بالإقرار، وإن سبق عليه زمانًا بعد أن يكون في المرض، لأن الحجر به يثبت من أول مرضه ويساوي هذا الدين ما يثبت في حال الصحة، لأن الحجر لا يثبت في هذه الأسباب.

(فإن الاستقراض والبيع لا يُبطل من حق الغريم شيئًا، لأنه أدخل في ملكه مثل ما أخرجه.

وأمّا الاستهلاك فلا يتصور فيه الحجر، لأنه أمر حسي صحته بوجوده.

وأمّا النكاح فهو من خواص حوائجه، وحقهم أيضًا يثبت فيما يفضل من حوائجه بدليل حوائج المعيشة وحاجة الكفن، فإن قلتم لو تزوج وهو لا يحتاج إليه يقدم المهر الواجب به.

أيضًا نقول لكم: إن النكاح في الموضع لمصالح المعيشة فيعتبر الوضع ولا يعتبر الأحوال)[1].

وهذه الطريقة قد انتهت إلى هذا الموضع وهو معتمدهم، وربما عبّروا عن هذا وقالوا: حق الغريم إنما يتعلق بماله بعد موت المقر لخراب ذمته وسببه المرض فيستند إليه حكم الخراب كما يستند حكم الموت بالجرح إلى ابتداء الجرح.

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/١٩٥/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة.

طريقة أخرى لهم في هذه المسألة قالوا:

متهم في خبره فلا يحمل خبره على الصدق.

دليله: إذا شهد لنفسه أو لولده، وهذا لأنه إذا لم يثبت الخبر للتهمة نفي إيجابًا ابتداءً فصار عبارة عن الهبة فلا يصح مع الدين.

[وإنما قلنا: «متهم في خبره» لأنه بالمرض صار محجورًا عليه عن الهبة إذا كان عليه دين فاتُّهم أنه لما لم يملك أن يهب له شيئًا وهذه حالة تتقيد إرادته في حياته لقربه من فوات حياته مَالَ إلى الإخبار لينفذ، وإذا صار متهمًا من هذا الوجه لم ينفذ إقراره إلّا بدليل يدل على زوال التهمة وهو أن يكون مالكًا للهبة حتى لا يكون متهمًا بالعدول إليه عن الهبة][(١)].

يدل عليه: أن الإقرار إخبار وأنه يحتمل الصدق والكذب، ولهذا لا يكون حجة على غيره إلا في موضعٍ معلومٍ بشرائط مخصوصة وإنما [١٣٩/أ] صار الإقرار حجة على المقر مع الاحتمال لملكه ابتداءً الهبة بمثل ما يقرّ به.

وهذا لأن الظاهر من العاقل أنه لا يكذب فيما يجده بالصدق.

ولهذا المعنى قلنا: إن الوكيل بالبيع يملك الإقرار بالبيع قبل العزل؛ لأنه يملك إنشاء مثله فزالت التهمة عن خبره، ولا يملك بعد العزل، لأنه لا يملك إنشاء مثله فصار متهمًا فلم يقبل خبره.

قالوا: وليس يلزم على هذه الطريقة إذا أقر بجميع ماله لأجنبي حيث يجوز، لأنه يجوز أولًا في ثلث ماله، لأنه يملك هبته ثم إذا صح إقراره في

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/١٩٥/ب (مراد ملا).

الثلث صار الثابت به كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة ملك هبة ثلث ما تبقى، لأنه يظهر أن ملكه ذلك القدر ثم يصح الإقرار في ثلث ما تبقى وزالت التهمة لملك الهبة، وصار بمنزلة الثابت بالبينة وجعل كأن ماله الباقي، ثم يصح إقراره بالثلث هكذا يدور حتى لا يبقى شيء، فإنما جوزنا بهذا الطريق.

فأما إذا كان عليه دين مستغرق لا يملك هبة شيء من ماله بوجهٍ ما.

وكذلك إذا كان غير مستغرق لا يملك الهبة بقدر الدين بوجهٍ فلا يملك الإقرار أيضًا إلا بقدر ما يملك فيه الهبة.

الجواب:

أما الطريقة الأولى فدعوى الحجر دعوى باطلة، ولا يصح الحجر عن الإقرار بوجهٍ ما، بعد أن يكون جائز التصرف، لما بينا أنه إظهار الواجب، فإذا لم يحجر عن ابتداء سبب الواجب لا يحجر عن إظهار الواجب.

فأما قولهم: «إن حق الغرماء يتعلق بماله عند موته مستندًا إلى ابتداء المرض» فالجواب عنه من طريقين:

أحدهما: أنا لا نسلم تعلق الدين بالمال بوجهٍ ما، لأنه لو تعلق بالمال في حالة المرض لتعلق في حالة الصحة، وهذا لأن تعلق الديون بأعيان الأموال لا يعقل إلّا على طريق الوثيقة للاستيفاء، والوثيقة لا تثبت إلّا بعقدوثيقة من قبل المالك مثل ما يرهن ماله من صاحب الدين وحكمه معلوم في الشرع، فأما ثبوت الوثيقة بمجرد وجوب الدين من غير عقدٍ فلا يعرف، وأيضًا لو صار الوثيقة لمنع من التصرف في أمواله كما يمنع الراهن من التصرف في الرهن.

وإن قلتم: ليس التعلق تعلق وثيقة لكنه تعلق استيفاء فأثبتوا في حالة الصحة، لأن استيفاء الديون بالأعيان بكل حالٍ فلا معنىً لتخصيص التعلق بحال دون حال.

وعلى هذا نقول: إن حق الغرماء لا يتعلق بأمواله بعد الموت أيضًا، بل هي باقية في ذمة الميت على ما كان.

ونقول إن ذمة الميت مثل ذمة الحي حكمًا وذمة المريض مثل ذمة الصحيح حقيقة وحكمًا.

وقولهم: «إن ذمته تخرب بموته».

لا نسلم ذلك، وخراب الذمة لا يعرف، ولا الإشراف على الخراب، وقد دللنا على ذلك في مسألة الكفالة عن الميت المفلس.

وإن قلنا تتعلق الديون بالتركة بعد الموت فالإسناد لا وجه له، لأنهم سلموا أن التعلق يكون بعد الموت ثم يستند، والثابت في زمان لا يستند إلى زمان قبله إلّا بضرورة مثل ما يستند الملك إلى حالة الحياة إذا نَصَبَ رجلٌ شبكةً ثم مات، ثم تعقل بها صيد، ويستند الضمان إلى حال الحياة إذا حَفَرَ رجلٌ بئرًا ثم مات، ثم وقع فيها إنسان فَهَلَكَ، لأن ههنا ضرورة، فأما في مسألتنا لا ضرورة في الإسناد، فلأيّ معنى يستند؟.

وقولهم: «إن المرض سبب الموت».

قلنا: بأن كان المرض سبب الموت لم يستند، وهذا لأن تراخي الحكم عن السبب جائز، بل الفرق بين العلة والسبب هذا، وهو أن المعلول لا يتراخى




عن العلة، والمسبَّب يتراخى عن السبب وإذا جاز التراخي فلم يثبت الإسناد.

وأمّا المسائل فلا نقول في شيء من تلك المسائل إن الحكم يستند إلى وقت السبب، وأمّا جواز الإخراج كان بمجرد وجود السبب.

وقولهم: «كيف يجوز الأداء بلا وجوب».

قلنا: قد يجوز الأداء بلا وجوب بالإجماع[1]، فإن عندهم إنما يستند الوجوب إلى هذه الأسباب بعد وجود الموت وحؤول الحول، وقد جاز الأداء من قبل ولم يقترن به وجوب، فإذا جاز على أصلهم أن يؤدي الواجب وإن لم يكن وجوب في الحال وإنما الوجوب والإسناد من بعد جاز عندنا أيضًا أن يؤدي لأجل وجود السبب، وإن كان الوجوب يتراخى من غير إسناد.

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصولهم فإن الأصح على المذهب أن الخيار لا يمنع ملك المشتري كيف ما يضرب الخيار.

وأمّا تعلقهم: «بالتبرع».

قلنا: إنما منع من التبرع نظرًا من الشرع ليبقى ماله فيصرفه إلى أولى الوجهين وأنفعهما له، فإذا جاز ثبوت النظر بحق الغير جاز أيضًا في حقه وإلى هذا أشار[2] عليه السلام حين قال لسعد: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من [١٣٩/ب] أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[3].

---

(١) لم أجده في مظانه.

(٢) في المخطوط: أشاره.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٦٣ مع الفتح، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ومسلم في صحيحه ١١/٧٧، ٧٦ مع النووى كتاب الوصية بالوصية بالثلث.

وإنما أراد ﷺ بمنعه من التبرع بقاء ماله له ليكون مصروفًا إلى أولى الوجهين وأنفعهما له، وهو نفع أقاربه وورثته، كذلك ههنا.

يبينه: أن في حال الصحة هو مندوب بترك التبرع وإيثار قضاء الدين غير أنه لم يمنع من التبرع، لأنه لم يشرف على فوت قضاء الدين لجواز أن يكتسب فيجمع بين قضاء الدين والتبرع فإذا مرض فيخاف فوات قضاء الدين، لأنه عاجز عن التكسب بمرضه مشرف على الهلاك فيتعذر الجمع بين قضاء الدين والتبرع فجاء الشرع بمنعه من التبرع ليكون ماله مصروفًا إلى أولى الوجهين.

وأمّا قولهم: «إن الشرع قد نظر له بإعطائه الحرية والبلوغ والعقل».

قلنا: مع هذا لا ينسد باب النظر من الشرع، لأن الآدمي غير مستغنٍ[١] بنظر الأول عن نظره الثاني والثالث.

وقولهم: «ليس الحجر لحقه مثال له».

قلنا: الحكم للدليل لا للمثال، وعلى أن مثاله موجود في الصبي بالإجماع[٢]، والسفيه على أصلنا هذا جواب.

❁ **الجواب الثاني**: أنا إن سلمنا أن المرض يوجب الحجر بالطريق الذي قالوه، لكنه في التبرع على الخصوص، وأمّا في الإقرار فلا، لأن الواجب بالإقرار دين معاملة، فأنا إنما نقبل إقراره حملًا لإقراره على أنه أخبر بدين واجب عليه من قبل بسبب معاملةٍ أو إتلافٍ أو نكاحٍ، وما أشبهها ولولا

(١) في المخطوط: مستغنى.

(٢) أي الحجر على الصبي والسفيه ليس لحقه. ينظر: المغني ٦/٥٩٣

الحمل على هذا الوجه لم نقبل إقراره، لأن التبرع بالإقرار باطل.

ألا ترى أن المقر له إذا علم أنه لا حق له قِبَل المقر لا يجوز له أن يأخذ شيئًا، وإذا ثبت أنه لا حجر في المعاملة فلا حجر في دين المعاملة.

فإن قالوا: فَلِمَ حُجر عن التبرع في المرض؟.

قلنا: لا يلزمنا بيان المعنى، إنما عليك دليل ثبوت الحجر في الإقرار وبيان المشابهة بين التبرع والإقرار معنىً حتى إذا حجر عن أحدهما حجر عن الآخر، وَلَا مشابهة، وهذا جواب وجيز معتمد.

وأمّا التعلق بدين المرض، فصحيح، والذي قالوا: أن ما يثبت في المرض لا يترتب بعضه على بعض، فهو باطل على أصولهم، بما لو أقر بوديعةٍ ثم بدين تقدم الوديعة على الدين عندهم، ولو أقر بدين ثم بوديعةٍ يستويان.

وكذلك قالوا: إذا حابى في مرض موته ثم أعتق تقدم المحاباة وإذا أعتق ثم حابى يستويان.

فإن قيل: قد بينا أن حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند إلى أول المرض فيما هو مال المريض، ولما أقر بالوديعة من قبل ولا دين صدّق في إقراره، ويتبين أن الوديعة لم تكن ماله فلم يثبت فيه حق الغريم، كما لو استحق عليه ببينةٍ، بخلاف ما لو أقر بدين ثم بدين؛ لأن المال ماله بعد الإقرار فاستند حق الثاني كما استند حق الأول فاستويا بخلاف ما إذا أقر بالدين أولًا، ثم أقر بالوديعة، لأنه أقر بالوديعة، وهناك غريمٌ وحقٌ ثابتٌ، وهو بعرض أن يثبت في ماله ويستند إلى حال الإقرار بالوديعة فوقف صحة

الإقرار على الخلو عن ذلك الحق.

وأمّا إذا أقر بالوديعة ولا دين فيصح الإقرار بالوديعة غير موقوف لعدم سبب الوقف، فإذا أقر بدين وأراد أن يبطله لم يصح في حق الوديعة.

والجواب:

أن هذا ليس بشيء، لأنهم إذا سلموا أنه لا حق له في المال في حال الإقرار بالوديعة فوجب أن يصح الإقرار بها، ولا يقف الإقرار على شيء، وإذا صح الإقرار بالإقرار ظهر ملكه وراء ذلك وأشبه الإقرار بالوديعة قبل الدين، ولا يصح قولهم: «إن الإقرار بالوديعة موقوف»، لأن في الحال لا حَقَّ، وقد أقر وهو من أهل الإقرار فلا معنى للوقف لشيءٍ يظهر من بعد.

والمراد من هذا الإلزام: إبطال عذرهم عن دَيْنَي المرض.

وهو في غاية الإشكال عليهم، لأنه كان ينبغي أن يعتبر الترتيب كما في مسألة الوديعة. ويقولوا: يستند إلى زمان الإقرار فيصير الإقرار الأول أولى لتقدمه في الزمان وأيضًا قد أقر بالدين الأول وهو مالك للتبرع، وبالثاني وهو غير مالك للتبرع.

فإن اعتبروا التبرع بعد إقراره وَجَبَ أن يقدموا الدين الأول، وحين لم يقدموا دل أن عدم التقديم كان لما قلنا.

وأمّا طريقتهم الثانية وقولهم: «إنه متهم في إقراره».

قلنا: لا تهمة، بل المرض يزيل التهمة، فكيف يوجب التهمة؟ وهذا




لأن المرض حال إنابة وتوبةٍ لقربه من القدوم على الله وخوفه من الآثام والمطالبات، والدليل على هذا الأصل قول أبي بكر الصديق حين استخلف عمر بن الخطاب رضي الله عنهما: «هذا ما عهد أبو بكر بن أبي قحافة عند آخر عهده بالدنيا مرتحلًا منها، وأول عهده من الآخرة منتقلًا إليها حين يصدق الكاذب ويؤمن الفاجر»(١).

وإذا ثبت أن المرض حال توبة وإنابة، والإقرار توبة وإنابة، لأنه إخبار عن واجب وترك لكتمان حق، والتوبة في حال [١٤٠/أ] التوبة أولى بالقبول.

يبينه: أن في حال الصحة دليل الصدق، لأنه ليس دليل الصدق إلا إيمانه وعقله.

وأمّا في حال المرض يوجد دليل آخر، وهو دليل الحال، لأن حالته تحمله على الصدق أيضًا فتكون أولى بالقبول.

فإن قيل: هذا الذي قلتم لمن يؤثر دينه على هواه وقد عزّ هذا أو قَلّ في الناس، وأمّا مَنْ يؤثر هواه على دينه فإنما يبادر في المرض إلى تقديم مراداته في حال الصحة التي كان يؤخرها إشفاقًا على ماله وطمعًا في الحياة فحين وَقَعَ وقيذًا على فراش المرض وغلب يأسه على رجائه يبادر إلى تنفيذ مراداته، وما كان بهواه فيصير متهمًا.

❁ **الجواب:**

أن هذا كله إساءة الظن بالمسلم وإنما ينبغي أن يُظن به أنه يريد بالإقرار

---

(١) ذكره ابن سعد في طبقاته: ٣/١٩٩، ٢٠٠، وابن شبه في تاريخه: ٢/٦٦٨.
والطبري في تاريخه: ٣/٤٢٨، ٤٢٩.

الخروج عن الواجب عليه، وأمّا إذا شهد الإنسان لأبيه أو لابنه لا نقول إنه ترد شهادته لأجل التهمة، إنما ترد لأنه يصير من وجهٍ بمنزلة الشاهد لنفسه.

ونقول أيضًا: إن الواجب بالإقرار دين معاملة، وإنما يقبل إقراره حملًا على أنه كان وُجِدَ منه بسبب من المعاملات فأظهره، ولهذا المعنى قبل إقراره للأجنبي في جميع ماله وإن كان لا يملك التبرع بها وصح الإقرار أيضًا ممن لا يصح منه التبرع كالمكاتب والعبد المأذون[١]، وإذا كان قبول إقراره حملًا لأمره على هذا زالت التهمة فيه، ولم يكن بد من قبوله، كما لو قامت البينة أو عاينا[٢] سببًا من أسباب المعاملات.

وقولهم: «إن ملك الهبة دليل خروج التهمة عن الإقرار».

قلنا: هذا لا يصح، لأنه لا تهمة في ديون المعاملات، كما لا تهمة في نفس المعاملات، وعلى أنه يبطل بإقراره بجميع ماله لأجنبي فإنه يجوز وإن كان لا يملك التبرع بجميع ماله، والعذر الذي قالوه في غاية الضعف، لأنه لو تبرع بثلث ماله على إنسان ثم أقر بثلث ماله فإنه يجوز.

والتقدير الذي قالوه في هذه الصورة باطل، لأنه قد تبرع بثلث ماله، ثم أقر بالباقي.

وأيضًا فإن عندهم المكاتب إذا أقر في حال الصحة، ثم أقر في حال المرض يُقدم دين الصحة على دين المرض وإن كان لا يملك التبرع.

---

(١) المهذب: ٤٣٩/٢.

(٢) كذا في المخطوط. ولعله (عاين).

وكذلك لو أقر بجميع ماله لإنسان يجوز وإن كان لا يملك التبرع بجميع ماله فبطل التعلق بالتبرع، وجعله دليلًا على زوال التهمة، بقي أن الإقرار إنما قبل لما بينا أن الواجب دين معاملة فإذا مَلَكَ المعاملة مَلَكَ إظهار الواجب بالمعاملة، ولم نعتبر التهمة ولا الحجر، لأن ديون المعاملات لا تهمة في الإقرار بها، والإقرار بها مطلق لا يحجر عنها كأعيانها. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

إقرار المريض لوارثه صحيح في أصح قولي الشافعي[1]، وفي القول[2] الآخر لا يجوز[3]، وهو قولهم[4].

لنا:

أنه خروج عن واجب فجاز مع الوارث.

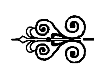
دليله: إيفاء دين ظَهَرَ وجوبه بالبينة.

(١) مختصر المزني: ٣/١٤ مع الأم، المهذب: ٢/٤٤٠، وقال في المهذب: «وهو الصحيح»، النكت: ورقة ٣٠٨/أ، روضة الطالبين: ٤/٣٥٣.
وقال الإمام مالك: «يصح إقراره إذا كان لا يتهم به ولا يثبت إذا كان يتهم به». الإشراف للبغدادي: ٢/٣٥، ٣٦.

(٢) في المخطوط (قول).

(٣) المهذب: ٢/٤٤٠، النكت: ورقة ٣٠٨/أ، روضة الطالبين: ٤/٣٥٣.

(٤) الأسرار: ٢/١٩٦/أ (مراد ملا)، مختصر القدوري: ١/٣٣١ مع الجوهرة، المبسوط: ١٨/٢٤.
وهو قول الحنابلة، قال ابن قدامة في المغني: «وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذنيه والنخعي ويحيى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه...» ٧/٣٣٢.




يبينه: أن الخروج عن الحق قولًا بالإظهار كالخروج عن الحق فعلًا بالإيفاء، فإذا جاز أحدهما وإن كان الذي يوفى حقه هو الوارث جاز الآخر وإن كان الذي يظهر حقه هو الوارث، ولأنا بينا أن المرض لا عمل له في الإقرار فصار الإقرار له في المرض مثل إقراره له في حال الصحة.

۞ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بالطريقتين اللتين ذكروا في المسألة الأولى:

* **أولها**: أن حق الورثة تعلق بأعيان التركة في مرض موته على الوجه الذي ذكروا في المسألة الأولى.

وحرفهم: أن حق الورثة في حق ما بينهم ثابت في جميع المال كحق الغريم في حق الأجانب.

ألا ترى أنه لا يملك هبة شيء للوارث كما لا يملك الهبة للأجنبي، وعليه دين مستغرق.

وإذا ثبت أن حق الورثة تعلق بجميع المال لم يصح إقرار المريض لبعضهم بشيء، لأنه يتضمن إبطال حق باقي الورثة.

* **والطريقة الثانية**: قالوا: الشرع حجر على المريض إيثار بعض الورثة، وهذا الإيثار موجود في العادات فإذا أقر صار متهمًا في أنه مَالَ إلى الإقرار للحقوق[1] الحجر إياه عن الإيثار والحال داعية إليه، وإذا صار متهمًا بالإقرار، فإقرار المتهم لا يقبل على ما بينا من قبل.

---

(١) كذا في المخطوط.




ولا يلزم إذا أقر بوارث، لأن استحقاق الوارث المال بالنَّسب والموت جميعًا فيضاف الاستحقاق إلى آخرهما ثبوتًا، فأضيف إلى الموت إذا كان النسب ثابتًا من قبل، وإذا أضيف إلى الموت يبقى النسب الذي أقر به الوارث غير مبطلٍ لحق الورثة وإنما بَطَلَ حكمًا، وكذلك الإقرار لما كان بالنسب لا بمال انتفت التهمة، لأنه لو كان تهمة كان في المال.

الجواب:

أنا أجبنا عن الطريقتين في المسألة المتقدمة، ونقول على فصل التهمة قد توجد التهمة في حق غير الوارث كما إذا أقر لابن [١٤٠/ب] بنته ووارثه ابن عم ومع ذلك يصح إقراره، وقد تنتفي التهمة في وارثه بأنه يقر لابن عم[١] الكاشح وهو وارثه ومع ذلك عندكم لا يقبل أيضًا.

وأمّا التعلق بالتبرع وقياس الإقرار عليه.

قياس باطل على ما سبق في المسألة الأولى.

يبينه: أن ابتداء التمليك يليق به الحجر بحق ذي حقٍ، فأما الإخبار بواجب عليه لا يليق به الحجر بحال.

وقد قال الأصحاب: إن التبرع على الوارث إنما لم يجز، لأنه يؤدي إلى الجمع بين الناسخ والمنسوخ، لأنا الله تعالى قد كان أوجب الوصية للأقربين ثم نسخ بالميراث، وأيضًا فيه زيادة على وظيفة الشرع، لأن الله تعالى سمى وظائف الأقارب وسِهامهم[٢]، والوصية أخت الميراث على

(١) كذا في المخطوطة ولعله (عمه).

(٢) سهام جمع سهم وهو النصيب. ينظر: المصباح المنير مادة (سهم).

ماعرف في أصل الشرع فإذا جوّزنا الوصية للوارث يؤدي إلى الزيادة على وظيفة الله تعالى الموظفة للأقارب وسهامهم المسماة فيكون تغيير الشرع من وجهٍ فلم يجز، ومثل هذا لا يوجد في الإقرار، لأنه ليس إيجاب حق مبتدأ بل هو إخبار عن واجب. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

إذا مات الرجل وخلّف ابنين، فادعى رجل دينًا على الميت، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر؛ فإنه يقضي من نصيب المقر ما يخصه[1] على أحد قولي الشافعي[2].

وعندهم: يقضي من نصيبه جميع الدّين، فإن فضل شيء يكون له[3]، وهو القول الثاني[4]، والمسألة عُدّت من المشكلات.

❖ لنا:

أن بتصديق أحدهما لا يثبت إلا نصف الدِّين فلا يجب عليه قضاء ما

(١) أي لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته من التركة، فإن كانوا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة لزمه الثلث.

(٢) المهذب: ٢/٤٥٣، النكت: ورقة ٣٠٨/أ، وهو القول الجديد، وقال الشيرازي في المهذب وهو الصحيح، روضة الطالبين: ٤/٤١١، وبهذا القول قال الحنابلة، قال ابن قدامة: «وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد، وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه...». ا. هـ. المغني: ٧/٣٢٨.

(٣) الأسرار: ٢/١٩٧/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١٨/٤٨، رؤوس المسائل: ٣٤١.

(٤) المهذب: ٢/٤٥٣، النكت: ورقة ٣٠٨/أ.

يزيد عليه، كما لو كان صدقه في النصف وكذبه في النصف، وإنما قلنا أنه لم يثبت بتصديقه إلا نصف الدّين، لأن الرجل لا يدعي عليه حقًا وإنما يدعي على الميت، وَمَنْ يدعي على إنسان فصدقه غيره لم يثبت شيء ولم يلتفت إلى تصديقه.

وإنما قبلنا تصديق الوارث في مسألتنا، لأنه خليفة الميت فقام تصديقه مقام تصديق الميت، والخلافة بالوراثة؛ فَمَنْ له الوراثة على الكمال فله الخلافة على الكمال، وَمَنْ لا وراثة له على الكمال فلا خلافة له على الكمال.

وإذا ثبت هذا ففي مسألتنا نقول:

ولاية الخلافة على الكمال لكلا الوارثين، فأما أحدهما فله بعض الخلافة فقيل تصديقه بقدر ماله من ولاية الخلافة، وذلك في النصف وبطل تصديقه في الباقي، لأن ولاية الخلافة فيه لم توجد.

فإن قالوا: كل واحد منهما خليفة المورث على الكمال، وهذا لأن سبب الخلافة كامل لكل واحدٍ منهما فكملت ولاية الخلافة له ونزّل تصديقه منزلة تصديق الميت، وصار قوله مقبولاً في جميع الدَّين فيما يرجع إليه.

۞ والجواب:

أن دعوى ثبوت الخلافة له على الكمال وهناك مزاحم في الخلافة، لا سبيل إليه ولا وجه له.

وقولهم: «إن السبب كامل».

قلنا: وسبب صاحبه كامل، فإن كان النظر إلى سببه يوجب ثبوت

الخلافة له فالنظر إلى سبب صاحبه يوجب ثبوت الخلافة لصاحبه فثبت الخلافة له من وجهٍ دون وجهٍ أو يقال ثبت لكل واحدٍ منهما بعض الخلافة وهذا متصور، لأن سبب الخلافة استحقاق المال وثبوت الخلافة تظهر في المال وهو يقبل التجزئة والتبعيض، وخرّج على هذا ولاية النكاح، لأنه لا يقبل التجزئة والتبعيض، وعلى أنا قد ذكرنا في كتاب النكاح أن كل واحد من الوليين ولي من وجهٍ لا من وجهٍ، لكن مع هذا جاز تزويج كل واحد منهما المرأة من كفءٍ لمعنىً ذكرناه، ثم هذا هو المعتمد وهو غاية الإمكان.

وقد قال بعض أصحابنا[1]:

إنه قد اجتمع في هذا الدَّين تصديق معتبر وتكذيب معتبر فيثبت البعض دون البعض.

وليس هذا بشيء، لأن تكذيب صاحبه معتبر في حق نفسه لا في حق المصدق، وأمّا في حق المقر وُجِدَ تصديق بلا تكذيب.

ويستدل بعض أصحابنا بمسألة وهي: أن أحد الوارثين لو شهد مع أجنبي للمدعي بالدَّين المدَّعَى يقبل، ولو كان إقراره يوجب جميع الدين عليه لم يقبل، لأنه يصير بإخراجه كلامه مخرج الشهادة مَنْ يجر إلى نفسه غُنمًا أو يدفع غُرمًا.

وهذا الاستدلال ضعيف أيضًا، لأنهم يقولون صورة التسليم: إذا شهد ابتداءً لا أنه يقر ثم يشهد، وإذا شهد ابتداءً فليس يدفع عن نفسه غرمًا؛ لأن

(١) قاله الشيرازي في نكته: ورقة ٣٠٨/أ.

الغرم إنما يجب عليه إذا أقر ولم يشهد، وهاهنا شهد ولم يقر فلا يجوز إثبات دفع الغرم عليه بتقدير إقرار منه لم يأت به، وهذا كما لو شهد أربعة على رجل بالزنا تقبل شهادتهم، ويثبت الزنا على المشهود عليه، ولا يقال: إنهم بشهادتهم قد دفعوا عقوبة عن أنفسهم؛ لأنهم لو قذفوا بدل الشهادة وجب الحد عليهم، وإذا أخرجوا الكلام مخرج الشهادة فقد دفعوا العقوبة عن أنفسهم على تقدير أن لو قذفوا ولم يشهدوا، ولكن قيل هذا تقدير باطل، والقوم لم[١] توجد منهم إلا الشهادة، كذلك في مسألتنا تقدير [١٤١/أ] الإقرار تقدير باطل، والرجل ما وجد منه إلا الشهادة، وليس للأصحاب عذر عن هذه المسألة يتضح فتركتُ حكايته واعتمدتُ على ما سبق.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: اعترف بجميع الدَّين، والدَّين مقدم على الإرث بإجماع الأمة[٢] فقد زعم بإقراره أنه لا حق له فيما في يده إلّا بعد وصول صاحب الدَّين إلى حقه فوجب أن يعامل بما في زعمه.

وربما يقولون أقر أن ما في يده حق الغريم بدينه فيقبل إقراره على نفسه، وهذا لأن الدَّين يتعلق بجميع التركة، وبكل جزء من أجزاء التركة.

ومعنى قولنا: «يتعلق بكل جزء من أجزاء التركة» إنه يجعل كل جزء من أجزاء التركة كأنه جميع التركة في حق الدَّين حتى إنه لو وجد بعض التركة دون البعض يقضي دينه من الموجود ولا يبالي بالمفقود، وذلك مثل أن يغيب

(١) في المخطوط (لو) ولا يستقيم الكلام بها.
(٢) الجامع لأحكام القرآن ٥/٧٣.

بعض التركة ويحضر البعض أو يهلك بعض التركة ويبقى البعض.

قالوا: وليس كالوصية بالثلث إذا ادّعاها إنسان واعترف بها أحد الوارثين، لأن الوصية لا تتعلق بكل جزء من أجزاء التركة حتى إذا وجد بعض التركة يأخذ منه بقدر ما يصيبه من الثلث، وأيضًا فإنها غير مقدمة على الإرث بل الموصى له شريك الوارث ولا يصل إلى الموصى له شيء إلا بعد أن يصل ثلثاه إلى الوارث، هذا عذرهم في الوصية بالثلث، ومنعوا الوصية بالألف المرسلة قالوا: ويلزم المقر أن يعطيه جميع الألف، وَمَنْ سلم اعتذر وقال: الوصية بالألف المرسلة لا تتعلق أيضًا بكل جزء من أجزاء التركة بدليل أنه لو هلكت التركة إلا ألف درهم لا يأخذها الموصى له بخلاف الدَّين، وأيضًا فإن الوصية وإن كانت بالألف لا تقدم على حق الوارث بل يكون الموصَى له شريكًا بهذا القدر.

۞ **الجواب:**

إن هذا الكلام الذي ذكروه كله بناءً على وجوب الدَّين، وما ذَكَرَ من حكم الدَّين وقضيته هو دين واجب على مَنْ عليه، ونحن لا نعلم أن هذا الدين واجب على الميت أو لا، فإنه لم يوجد منه اعتراف ولا قامت عليه بينة به، وقول الوارث عليه غير مقبولٍ، لأنه إذا لم يشهد يكون دعوى، وإنما قلنا قوله في حق نفسه بقدر ماله من الخلافة والثابت له نصف الخلافة فثبت عليه نصف الدَّين المقرّ به.

فإن قالوا: «خلافته كاملة في نصيبه من التركة وإنما قلنا إقراره في نصيبه فصار في نصيبه بمنزلة الوارث الواحد في جميع التركة إذا لم يكن له شريك».

قلنا: تصديقه إنما يلاقي الميت لا يلاقي نفسه، لأنه يقول: «عليه كذا»، والإعراض عن جانب الميت لا سبيل إليه، لأنه هو الأصل، فلابد أن ينظر: أولًا إلى طريق قبول إقراره على الميت ولا طريق له إلا ما ذكرناه، وقد بينا أن ذلك الطريق يوجب ثبوت نصف الدَّين لا جميعه فصار الحرف: أن عدم وصول المقر له إلى جميع دينه لم يكن لمعنىً يرجع إلى نفس الدين فإن حكم الدَّين ما قالوه بلا خلاف، وإنما كان لقصور الحجة وعدم كمالها، وهذا أقصى الإمكان، وتمشيته إذا ضم إليه الجدال ممكن.

وقولهم: «إن في زعمه كذا».

لا يعتبر زعمه إنما يعتبر جانب الشرع، وعلى أنهم قالوا: أن رجلًا لو مات وخلّف ابنين فأقر أحدهما بأخٍ ثالثٍ يعطيه ثلث ما في يده، ولو اعتبر زعمه لأعطاه نصف ما في يده، لأن في زعمه أنه مساوٍ[1] له في الاستحقاق، وأنه أخوه وابنُ أبيه، وأنه لا يجوز أن يصل إليه شيء من التركة إلّا ويصل إليه مثله، والاعتماد على ما سبق، والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

إقرار مَنْ يحوز كل الميراث بنسب ولدٍ على أبيه مقبول، وتبتني عليه المشاركة في الإرث، وإن كان لا يحوز كل الميراث لا يقبل ولا يثبت نسب ولا إرث، ولا ينظر: عندنا إلى عدد الواحد والاثنين، وإنما ينظر: إلى ما قلنا[2]،

---

(١) في المخطوط: مساوى.

(٢) مختصر المزني: ٢٨/٢ مع الأم، المهذب: ٤٤٩/٢، النكت: ورقة ٣٠٨/ب. مختصر=

وعندهم: إقرار الواحد بالنسب غير مقبول، وإن كان يحوز كل الميراث، فإذا أقر اثنان ثبت النسب، وإن لم يحوزا كل الميراث، والمشاركة عندهم ثابتة في الميراث وإن لم يثبت النسب.

والدليل على ما قلنا في إقرار الواحد بالنسب إذا كان يحوز كل الميراث حديث سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة حيث اختصما في ولد وليدة زمعة، وقد قال عبد بن زمعة: هو ولد أبي وُلِدَ على فراش أبي، فقال النبي صلى الله عليه: «هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر...»[1] وهو نص فيما ادّعيناه.

فإن قالوا: إن عبد بن زمعة لم يكن يحوز كل الميراث؛ لأن سودة بنت زمعة زوجة النبي صلى الله عليه، وكانت أخت عبد بن زمعة ولم يُرْوَ أنها اعترفت بالنسب.

قلنا: هذا غَلَط عظيمٌ، لأن العبرة عندنا بإقرار مَنْ يحوز كل الميراث،

= القدوري: ٣٣٣/١ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٤٦٠٨/١٠، تنوير الأبصار: ١٨٧/٨ مع حاشية قرة عيون الأخبار، المبسوط: ١٨٦/٢٨.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٢٧/١٢ مع الفتح، باب للعاهر الحجر، ومسلم في صحيحه: ٣٧/١٠ مع النووي، باب الولد للفراش، وأبو داود في سننه: ٧٠٣/٢ ـ ٧٠٥ مع المعالم، باب الولد للفراش.

والترمذي في سننه: ١٠٢/٥، ١٠٣ مع العارضة، باب ما جاء أن الولد للفراش، والنسائي في سننه: ١٤٨/٦، ١٤٩، باب إلحاق الولد بالفراش، وابن ماجه في سننه: ٦٤٦/١، ٦٤٧، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر، والدارمي في سننه: ١٥٢/٢، باب الولد للفراش، والإمام مالك في الموطأ: ٤/٦ ـ ٥ مع المنتقى، باب القضاء بإلحاق الولد بأمه، والإمام أحمد في المسند: ٣٧/٦، ١٣٩، ٢٠٠، ٢٢٦، ٢٣٧.

وقد كان الوارث لزمعة [١٤١/ب] عبد بن زمعة دون سودة. فإنها كانت مسلمة، وزمعة مات على الكفر ولا ترث المسلمة من الكافر بحال، وأمّا عبد بن زمعة فقد كان كافرًا حين مات زمعة وهو الوارث.

فإن قالوا: إنما قضى بالملك لا بالنسب، لأنه صلى الله عليه قد قال لسودة: «احتجبي منه يا سودة»[(١)].

قلنا: كيف يقضي بالملك وهو ادّعى النسب، وإنما يجوز أن يقضي بما وقعت عليه الدعوى.

وأمّا قوله لسودة فإنما كان لما رأى من الشَّبه للولد بآل عتبة بن أبي وقاص فاحتاط بالأمر بالاحتجاب هكذا نُقِلَ.

ونقول في الوارث الواحد إذا لم يكن معه غيره إقرار بالنسب صدر ممن يحوز كل الميراث فثبت النسب كما لو كان المقر اثنان ولا ثالث معهما[(٢)].

ونقول في الاثنين إذا كان معهما ثالث إقرار صدر ممن لا يحوز كل الميراث فصار كما لو كان واحدًا.

❋ وفقه المسألة:

أن الموجود إقرار على الغير فينبغي إلّا يقبل، إلّا أنه قبل من الابن بولاية الخلافة فلا يثبت إلّا عند كمال الولاية فإذا كان يحوز كل الميراث ثبت ولاية الخلافة على الكمال فثبت النسب على طريق إقامة إقراره مقام

---

(١) ينظر: حاشية (٢) ص: ٤٥٩.

(٢) ينظر: المغني: ٣١٦/٧.

إقرار الميت، وأمّا المشاركة في الميراث فبناء على النسب فإذا لم يثبت النسب لم تثبت المشاركة في الميراث.

فإن قالوا: «قد ثبت حق النسب في حق المقر».

قلنا: ثبوته في حقه بناءً على ثبوته في حق الميت، فإذا لم يثبت في حق الميت لا يثبت في حقه، ولأنه لو كان كما قلتم وجب أن يُفتَى المقر فتوى فيقال له: إن عرفت أنه أخوك فأشركه في الميراث، فأما أن يقضي به القاضي فلا.

وعندكم: يقضي به القاضي.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: شهادة على الميت فلا يثبت حكمه بالواحد.

دليله: سائر الشهادات.

وإنما قلنا: «شهادة» لأن الأخوة حكم انخلاقها من ماء رجلٍ واحدٍ، والحكم لا يثبت مقصودًا بدون العلة، بل يثبت فرعًا للعلة، فصار الثابت بكلامه أنه ابن أبي وهو شهادة على الأب.

ويدل عليه: أنه شهادة على الأب أنه حين يثبت النسب يُنسب إلى الأب بعد الموت كما يُنسب في حال الحياة، وإذا ثبت أنه شهادة لم يثبت بالواحد ويثبت بالاثنين.

قالوا: وأمّا المشاركة في الميراث وإن لم يثبت النسب فإنما كان لأنه

أقر بشيئين بالنسب وبالشركة في المال، وهذا أمر يلزمه على الخصوص فكان إقرارًا في حقه فقبل قوله على نفسه في المشاركة في المال وإن لم يقبل في النسب.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه لو كان شهادة لاعتبر لفظ الشهادة، وذلك لأن هذا اللفظ إقرار محض في حق الحكم، شهادة في حق العلة، وإنما قلنا إقرار في حق الحكم وهو المشاركة في المال شهادة في حق المال شهادة في حق العلة على ما مرّ فقرن بينهما، فقيل لا يثبت إلّا بعدد اثنين اعتبارًا بالشهادات، ويثبت بلفظ الخبر اعتبارًا بالإقرار، وصار كاللعان لما أشبهت الأيمان قرنت بكلمة الله تعالى التي هي حرف القسم ولما أشبهت الشهادات قرنت بلفظ أشهد.

قالوا: ولا يجوز أن يقال على قولنا: «إنه تثبت المشاركة في المال ولا يثبت النسب».

فأثبتوا ههنا الأخوة في حقه وإن لم تثبت البنوة في حق أبيه.

قالوا: هذا لا يصح، لأن الأُخوة لا يتصور ثبوتها دون البنوة من أبيه فيقتضي ثبوت الأُخوة ثبوت البنوة.

وأمّا الشركة في المال فتثبت بوجوهٍ شتى غير الأُخوة فلا يقتضي ثبوت الشركة في المال ثبوت النسب وثبوت الأُخوة والبنوة من الأب، وهذا لأنه لما احتمل الفصل ثبت ما هو إقرار دون ما هو شهادة، ولما لم يحتمل في الباب الأول انفصال الأُخوة عن البنوة لأبيه لم يثبت واحد منهما.

وقد استدل كثير من مشايخهم في مسألة المشاركة بمسائل حكمية قالوا: يجوز أن يقر بنسب يبتنى عليه حكم، ثم يحكم بثبوت الحكم وإن لم يثبت النسب، ألا ترى أنه إذا أقر أنه باع هذا الشقص من فلان وأنكر المشتري ثبت للشفيع حق الشفعة وإن لم يثبت البيع، وكذلك لو ادّعى على إنسان مالًا فأنكر المدعى عليه وكفل رجل بالمال صحت الكفالة وإن لم يثبت المال على الأصيل.

قالوا: أيضًا لو قال أحد الوارثين هذه بنت أبينا لا يجوز أن تتزوج بها فقد ثبت حرمة النسب من غير ثبوت النسب، وهذه المسائل لها أخوات أوقعُها هذه المسائل الثلاث فاقتصرنا عليها.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: «شهادة».

ليس كذلك، فإن الشهادة أمر شرعي لا يعرف إلا بشرائط لها [١٤٢/أ] مخصوصة وبجهةٍ تقام عليها مخصوصة، فالجهة: جهة الدعوى، والشرائط لفظ الشهادة، والحرية، والعدالة، والعدد، ونقول لا تتصور شهادة إلّا بلفظ الشهادة.

وعندهم: إنما يجب مراعاة العدد خاصة.

فأما ما سوى ذلك فقد أسقطوا اعتبارها.

ونعتمد على لفظ الشهادة، ونقول لا تتصور الشهادة إلا بلفظ الشهادة فإن هذا الاسم أُخذ من هذا اللفظ فإذا لم يقل «أشهد» كيف تكون شهادة؟.

وقولهم: «إنه شهادة في حق العلة إقرار في حق الحكم».

قلنا: هذا تقسيم لا ينقسم، وقوله المسموع منه ليس إلا الاعتراف على أبيه، وما تعرّض للمشاركة في لفظه أصلًا، ونحن في تصحيح لفظه المسموع منه، ثم يبتنى عليه الحكم، واللفظ المسموع منه هو ما قلنا، فإن كان إقرارًا ثبت ما قلنا، وإن كان شهادة فوجب أن يعتبر لفظ الشهادة.

ثم نقول على قولهم: «إنه اعترف بشيئين».

قلنا: ليس كذلك، بل اعترف بشيء واحدٍ وهو النَّسب، وأمّا المشاركة في المال تثبت حكمًا لإقراره.

فإن قالوا: «الاعتراف بالنَّسب اعتراف بحكمه».

قلنا: ليس كذلك، بل الاعتراف بالنَّسب اعتراف بالنَّسب ثم الحكم يثبت شرعًا، ولئن قلنا إنه اعتراف بحكمه فهو اعتراف به ليكون حكمًا لذلك النَّسب فلا يجوز فصله عنه.

وقولهم: «إن المشاركة في المال تنفصل عن النَّسب وتثبت بوجوهٍ شتى».

قلنا: هذه مشاركة في الميراث، والمشاركة في الميراث لا تنفصل عن النَّسب بحال.

فإن تعلقوا بالمسائل التي قالوها.

قلنا: قد مُنِعَ المسألتان الأُوليان فإن جرينا على المنع سقط التعلق بهما، ولئن سلمنا فقد يتصور ثبوت الشفعة مع ارتفاع البيع بأن يتقايلا، فإن الشفعة



لا تسقط في هذه الصورة فإذا جاز بقاء الشفعة مع ارتفاع البيع جاز ثبوتها من غير ثبوت البيع في حق المشتري.

وأمّا مسألتنا فلا يتصور بقاء الميراث مع انتفاء النَّسب، ألا ترى أن في اللعان إذا انتفى النَّسب منه انتفى الإرث، فإذا لم يتصور انتفاء الإرث مع انتفاء النَّسب لم يتصور أيضًا ثبوت الإرث من غير ثبوت النَّسب.

يبينه: أن البيع يجوز أن يثبت في حق شخصٍ دون شخصٍ كما يرتفع في حق شخصٍ دون شخصٍ، وأمّا النَّسب فلا يتصور ثبوته في حق شخصٍ دون شخصٍ، كما لا يتصور ارتفاعه في حق شخصٍ دون شخصٍ.

ونقول على التخريج: إن البائع بالمبيع معترف على نفسه فلهذا جاز أن يقبل إقراره على نفسه في الشفعة.

وأمّا في مسألتنا: فالولد معترف على أبيه بالنسب فلا يقبل إلّا بالطريق الذي ذكرنا فإن وُجِدَ في موضع يُقبل وإلّا فلا يُقبل.

وأمّا مسألة الكفالة فتخرج على ما قلنا أيضًا فإنه تتصور الكفالة مع براءة الأصيل ولا يتصور ميراث بلا نسب، وأيضًا فإنه بالكفالة يلتزم على نفسه مالًا ليكون عليه، فيعتبر زعمه في ثبوته ولزومه، وههنا لم يعترف على نفسه بشيء، وإنما اعترف على أبيه على ما سبق.

وأمّا المسألة الثالثة: فالجواب عنها سهل، لأن الحرمات يُحتاط فيها، وتثبت بالتجوّزات والشبهات فجاز ثبوتها، وإن لم يثبت النَّسب حقيقة، ولهذا في معروفة النَّسب تثبت حرمة النَّسب، وفي مسألتنا لا يثبت الميراث إذا كان الولد معروف النَّسب من الغير. والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلة العارية):

قبض المستعير موجب للضمان عليه عندنا[1].

وعندهم: لا يوجب الضمان[2].

فالمستعار مضمون في يد المستعير عندنا[3].

وعندهم: أمانة[4].

❖ لنا:

ما روى شريك[5] عن عبد العزيز[6] بن رفيع عن أمية[7] بن صفوان بن أمية عن أبيه «أن رسول الله صلى الله عليه استعار منه أدرعًا، فقال: أغصبًا يا

---

(١) ينظر: الأم: ٢١٨/٣، المهذب: ٤٧٨/١، النكت: ورقة ١٧٠/ب، روضة الطالبين: ٤٣١/٤، معالم السنن: ٨٢٥/٣.

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي: ١١٦، مختصر القدوري: ٤٥٣/١ مع الجوهرة، الأسرار: ١/١٨١/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١٤٠/١، رؤوس المسائل: ٣٤٣.

(٣) ينظر: الأم: ٢١٧/٣، المهذب: ٤٧٨/١، النكت: ورقة ١٧٠/ب، روضة الطالبين: ٤٣١/٤، معالم السنن: ٨٢٥/٣.

(٤) ينظر: مختصر الطحاوي: ص ١١٦، مختصر القدوري: ٤٥٢/١ مع الجوهرة، الأسرار: ١/١٨٢/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١٣٤/١١، البدائع: ٣٩٠٤/٨، رؤوس المسائل: ٣٤٢، إيثار الإنصاف: ٢٦٦.

(٥) تقدمت ترجمته.

(٦) عبد العزيز بن رفيع بفاء مصغرًا الأسدي، أبو عبد الملك المكي، نزيل الكوفة، ثقة، من الرابعة، مات سنة ١١٣هـ، وقد جاوز السبعين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص٢١٤.

(٧) أمية بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحي المكي مقبول من الرابعة، روى له أبو داود والترمذي والنسائي والبخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب: ٣٨.

محمد؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة (قال)[1]: فَضَاعَ بعضُها، وفرض[2] عليه رسول الله صلى الله عليه أن يضمنها فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب»[3].

وفي رواية: «لما ضَاعَ بعضها، فقال له النبي صلى الله عليه إن شئت غرمتُها، فقال: ألا أن في قلبي من الإسلام غير ما كان يومئذ»[4].

فإن قالوا: إن النبي صلى الله عليه كان أخذها من غير رضاه بدليل أن صفوان قال: أغصبًا يا محمد؟.

قلنا: هذا مقال محال مع ورود الرواية بأنه [١٤٢/ب] صلى الله عليه استعار ومع قوله «لا، بل عارية».

وقول صفوان «أغصبًا يا محمد» إنما قال ذلك لأنه ظنّ به صلى الله عليه أنه يفعل كما يفعل الملوك يستعيرون ثم لا يردّون.

فإن قيل نحمله على ضمان الرد، لأن العارية اسم للفعل لا للعين.

يقال: أعار يعير عاريةً وإعارةً.

قالوا: وعندنا الفعل مضمون بالرد.

---

(١) ما بين القوسين زيادة من سنن الدارقطني، ومسند الإمام أحمد.

(٢) في المسند (فعرض).

(٣) هذا الحديث بهذا اللفظ رواه الإمام أحمد في مسنده: ٤٠١/٣ و٤٦٥/٦، ورواه الدارقطني في سننه: ٤٠/٣، وروى أبو داود في سننه إلى قوله (عارية مضمونة). ينظر: سننه: ٨٢٢/٣، ٨٢٣ مع المعالم، باب في تضمين العارية.

(٤) هذه الرواية رواها أبو داود في سننه: ٨٢٣/٣، ٨٢٤ عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفوان، فهو مرسل، ورواها الدارقطني في سننه: ٤٠/٣.

قلنا: هذا ليس بشيء، لأن قول صفوان «أغصبًا؟» ينصرف إلى العين فكذلك قوله ـ صلى الله عليه: «لا، بل عارية مضمونة» ينصرف إلى العين.

والدليل عليه: أن بعضها لما هَلَكَ عرض عليه النبي ـ صلى الله عليه ـ ضمان العين، فالتأويل في نهاية الضعف، ولا مزيد في النص على هذا.

وأمّا الذي يرويه الأصحاب مطلقًا «العارية مضمونة مؤداة» فلا يعرف.

إنما المروي كما بيّنا، نعم، قد روى أبو أمامة الباهلي أن النبي ـ صلى الله [عليه وسلم][(١)] ـ قال: «العارية مؤادة، والزعيم غارم، والدين مقضيّ»[(٢)]. ولم يذكر الضمان.

وأمّا هم يروون بطريق عمرو[(٣)] بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: «ليس على المستعير غير الْمُغِل ضمان ولا على المودّع غير الْمُغِل ضمان»[(٤)]، يعني الخائن.

وهذا خبر رواه عمرو بن عبد الجبار[(٥)] ....

(١) ما بين المعكوفين ليست في المخطوط.
(٢) رواه أبو داود في سننه: ٣/٨٢٤، ٨٢٥ مع المعالم، باب في تضمين العارية، والترمذي في سننه: ٥/٢٦٩ مع العارضة، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وابن ماجه في سننه: ٢/٨٠٢، باب الكفالة، وأحمد في المسند: ٥/٢٦٧، ٢٩٣، والدارقطني في سننه: ٣/٤١، وابن الجارود في المنتقى: ٣٤٠ رقم ١٠٣٣، وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/١٨١، باب العارية.
(٣) في المخطوط: عمر.
(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٤١، كتاب البيوع، والبيهقي في سننه: ٦/٩١، باب مَنْ قال: لا يغرم. وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/١٧٨، باب العارية، وقد صحح الدارقطني والبيهقي وقفه على شريح.
(٥) عمرو بن عبد الجبار السنجاري، قال ابن عدي في الكامل: هذه الأحاديث التي أمليتُها مع=

عن عبيدة[١] بن حسان، عن عمرو ابن شعيب، وعمرو بن عبد الجبار وعبيدة ضعيفان[٢].

وإنما هذا شيء رواه عن شريح القاضي غير مرفوع[٣]، رواه عنه محمد بن سيرين، ورواه روح [٤] عن عوف[٥]، عن ابن سيرين عنه[٦].

وعلى أن الأصحاب حملوا الخبر على الأجزاء[٧] وهي غير مضمونة بالاستعمال إلا عند الخائن، والخيانة أن يقول له: ألبس هذا الثوب في الجمعات فَلَبِسَ في جميع الأيام، أو يقول: البس بالنهار فَلَبِسَ ليلًا ونهارًا.

وأمّا المعنى:

نقول: العارية تبرع بالمنافع، وإذن بالاستعمال لا غير، لأن معنى قوله:

= التي لم أذكرها لعمرو بن عبد الجبار كلها غير محفوظة. ا. هـ. ينظر: الكامل: ١٧٩٠/٥، ١٧٩١، وله ترجمة في لسان الميزان: ٣٦٨/٤.

(١) عَبيدة بن حسان العنبري السنجاري عن الزهري، قال أبو حاتم: منكر الحديث.
وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات، روى عن خالد بن حيان الرقي وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار بن حسان، وقال الدارقطني: ضعيف، وينظر: لسان الميزان: ١٣٥/٣.

(٢) قاله الدارقطني في سننه: ٤١/٣.

(٣) قاله الدارقطني في سننه: ٤١/٣.

(٤) روح بن عبادة بن العلاء بن حسان القيسي، أبو محمد البصري، ثقة، فاضل، له تصانيف من التاسعة، مات سنة ٢٠٥هـ أو ٢٠٧هـ.
روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: تقريب التهذيب: ١٠٤.

(٥) عوف بن أبي جميلة العبدي البصري، ثقة، رمى بالقدر وبالتشيع: من السادسة توفي سنة ١٤٦ أو ١٤٧، وله ست وثمانون سنة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٢٦٧.

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه: ٤١/٣.

(٧) ومنهم الشيرازي في نكته: ورقة ١٧٠/ب.




«أعرتك هذا الثوب» أيْ أبحتُ لك منافعه، وأذنتُ لك في الاستعمال، وإذا ثبت هذا فنقول:

القبض مأذون فيه شرعًا للاستعمال خاصة، لأنه من ضرورته فَسَقَطَ حكمه فيما وراء الاستعمال فسقط الإذن في حقه، وصار كأن القبض حصل بلا إذن فيوجب ضمان العين كالغصب ومثال هذا: صاحب المخمصة إذا أكل طعام الغير هو مأذون من قبل الشرع فيه، ولكن هو مأذون في ذلك لإبقاء الحياة ودفع الهلاك عن نفسه ففي ما وراءه جعل الإذن كالعدم، كذلك ههنا.

ويمكن أن يقال: القبض غير مأذون فيه لعينه بل هو مأذون فيه لغيره، وهو استيفاء المنافع، فعمل عدمُ الإذن فيه لعينه عمل إيجاب ضمان العين، وهذا كالصلاة في الدار المغصوبة، وطلاق الحائض وغير ذلك لما لم يكن منهيًا عنه لعينه بل كان منهيًا عنه لمعنىً وراءه وهو: شغل ملك الغير وتطويل العدة عمل إباحته لعينه عمله من جواز الصلاة ووقوع الطلاق، كذلك ههنا.

وهذا المعنى الذي ذكرناه مستخرج من قول الشافعي: إنه قبضه لنفسه لا عن الاستحقاق.

وعليه الاعتماد.

وقد تعلق عامة الأصحاب في هذه المسألة بضمان الرد وقالوا:

ضمان الرد مشعر بضمان العين من حيث إنه إذا وجب الرد عليه صار القبض مأذونًا فيه بشرط الرد، وإذا فات رد العين بهلاكها بقي في عهدة ضمانه بإقامة بدل العين مقامها لينزل رد القيمة منزلة رد العين، وبهذا الطريق

وجب ضمان الغصب.

والحرف فيه: أن الأصل ضمان الرد ووجوب القيمة بعد الهلاك للخروج عن ضمان الرد بقدر الإمكان، وهذا غاية ما يمكن في تقرير ضمان الرد.

وتعلق الأصحاب أيضًا بفصل قرار الضمان وصورته: أن المستعار إذا هَلَكَ في يد المستعير ثم ظهر له مستحق وضمن المستعير استقر عليه الضمان ولم يرجع على المعير، ولو كان الشيء في يده أمانة لكانت يده يد المالك ولصار حافظًا له فوجب أن يرجع بالضمان عليه كالوديعة إذا هلكت في يد المستودَع ثم ظهر لها مستحق وضمنه المستودَع فإنه يرجع بالضمان على المودِع.

ونذكر وجه كلامهم على الفصلين، وقد ذكرنا الطريق المعتمد.

۞ وأمّا حجّتهم:

قبض العين صدر عن إذن صحيح من قبل المالك فلم يكن موجبًا للضمان على القابض.

دليله: قبض المستأجر، وقبض الموصَى له بخدمة العبد، والدليل على وجود الإذن من المالك بالقبض أنه يجوز للمستعير أن يقبض العين بالإجماع[1]، وإنما جاز القبض بإذن المالك.

يدل عليه: أنه قد وجد إما صريح الإذن أو دليله.

أما صريح الإذن هو أن يأذن له بالقبض نصًّا، وأمّا دليله أنه وإن لم يأذن

(١) ينظر: المغني ٣٤١/٧ ـ ٣٤٢.

له بالقبض نصًّا، فهو لما أذنت له باستعمال العين ولا يمكن استعمالها إلا بالقبض فقد أذن له بالقبض.

وإذا ثبت وجود [١٤٣/أ] الإذن فنقول الإتلاف في إيجاب الضمان فوق القبض فإذا كان الإذن بالإتلاف يمنع تعلق الضمان بالإتلاف وذلك بأن يقول: «كُلْ طعامي أو أخرق ثوبي»، كذلك الإذن بالقبض يمنع تعلق الضمان بالقبض، وهذا لأن ضمان القبض ضمان جبر لحق المالك، فإنه بالقبض يزيل يده ويده حقه فإذا أزالها بعدوان أوجب الضمان جبرًا لما فات من حقه بالإزالة فإذا كانت الإزالة بإذنه ورضاه لم يكن إيجاب الضمان، لأنه حاصل بتسليطه وَمَنْ سَلّط غيره على تفويت حقه فقد أسقط حقه وَمَنْ أسقط حقه لم يجب له ضمان حق[١]، هذا حرفهم المعتمد، وهو في غاية القوة.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن القبض مأذون فيه للاستعمال»، نسلم أن القبض مأذون فيه للاستعمال، ولكن بهذا لا يسقط اعتبار الإذن في سقوط الضمان، كما نقول في قبض المستأجر.

قالوا: وفصل الإجارة داخل على قولكم «إن القبض صار مأذونًا له من حيث الضرورة فلا يعتبر فيما وراء الضرورة، فإن هذا المعنى موجود في الإجارة قطعًا، ومع ذلك اعتبر في إسقاط الضمان، وهذا لأن القبض مشروع لفائدةٍ كالعقد مشروع لفائدةٍ؛ ففائدة المشروعية في القبض هو الانتفاع.

وربما يقولون: الإذن بالقبض مطلق ويصور فيما لو نص على القبض وإن لم ينص عليه فهو مطلق أيضًا لوجود دليله على ما سبق بيانه.

---

(١) ذكر هذا الاستدلال الدبوسي في أسراره: ١/١٨٢/ب.



وأمّا اعتراضهم على فصل ضمان الرد قالوا: لِمَ قلتم إذا وجب ضمان الرد يجب ضمان العين، وهذا لأن الرد يكون بمردودٍ فإذا هلك المردود لم يتصور وجوب الرد.

وأمّا إيجاب الضمان هو إيجاب حق مبتدأ بعد فوات الرد بهلاك المردود، فمن أين قلتم إذا وجب الرد وفات بفوات المردود وجب أن يجب ضمان مبتدأ وهو القيمة؟.

وقولكم: «ليقوم مقام الأول».

هذا في نهاية الضعف، لأن الأمر إذا سقط في محلٍ لتعذره لا يجب إقامة شيء آخر مقامه إلا بدليل جديدٍ، وهذا معنى قول الفقهاء: «إن القضاء واجب بأمرٍ ثانٍ»[1]، فأمّا الأمر الأول لا يدل على وجوب القضاء، لأن الأمر الأول تناول فعله في وقتٍ فإذا فات ذلك الوقت لم يجب فعل مثله بالأمر الأول، لأنه لا دليل عليه، كذلك ههنا، وجب الرد عند بقاء العين وهو واجب تعلق بمحلٍ فإذا فات المحل لم يدل الواجب الأول على الواجب الثاني لاختلاف المحلين كما لم يدل في الفعل الأول لاختلاف الوقتين.

قالوا: وكذلك العبد إذا جنى جناية فإن واجب الجناية تعلق بالعبد فلو هلك العبد سقط الحق ولم يتعلق ببدله.

فإن قلتم: «لِمَ وجب ضمان الرد».

لا يلزمنا تعليله، ولكن عليكم بيان وجه وجوب ضمان العين بوجوب

---

(١) في المخطوط: ثاني.

ضمان الرد ثم قالوا: إنما وجب ضمان الرد، لأنه أخذ العين لمنفعة نفسه فإذا تمحضت منفعة القبض له كان أولى الرجلين بوجوب ضمان الرد عليه؛ لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[1] ولما كان القبض حاصلًا بإذن المالك لم يستقم إيجاب ضمان العين عليه.

وهذا لأن ضمان العين لجبر فائت فما لم يكن التفويت بغير تسليط المالك عليه لم يستقم إيجاب الضمان عليه.

وأمّا ضمان الرد ليس بضمان جبر لفائتٍ إنما هو رد ملك الغير على الغير، وهذا الأمر لابد منه، إلا أن ما يلحق من مؤونة الرد يكون المستعير أولى بالتزامها لما ذكرنا من الجبر.

والمراد من الخراج المذكور في الخبر هو المنفعة ففي كل موضعٍ أمكن استعماله نستعمله، وقد أمكن استعماله في مسألتنا بإيجاب الرد ولا يمكن استعماله بإيجاب ضمان العين لما بينا أن السبب لم يوجد.

قالوا: وأمّا فصل استقرار الضمان على المستعير فإنما كان كذلك؛ لأن الأصل أن مَنْ وجب عليه الضمان يستقر عليه وقد وجب الضمان على المستعير في الصورة التي قلتم؛ لأنه تبين أنه مستعير من الغاصب، وأنه قبض

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٧٧٩/٣ مع المعالم، باب في من اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا.

والنسائي في سننه: ٢٢٣/٧، باب الخراج بالضمان، وابن ماجه في سننه: ٧٥٤/٢، باب الخراج بالضمان، والترمذي في سننه: ٢٨٥/٥، ٢٨٦ مع العارضة، باب ما جاء في من يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبًا، وقال: هذا حديث حسن صحيح، ورواه الإمام أحمد أيضًا في المسند: ٤٩/٦، ٢٠٨، ٢٣٧، وابن الجارود في المنتقى: ٢١٢، رقم ٦٢٦.

العين بغير إذن المالك، فأمّا في الوديعة فإنما يرجع المودِع بالضمان على المودَع بوجود التزامه دِلالة، ودليل الالتزام هو أنه لما استعمله في منفعةٍ تعود إليه، وجعل يده يد نفسه، فإنه ضمن له كل عهدة يلحقه، وهذا لأن المودِع لا يرضى أن يحفظ لغيره ويلتزم بالحفظ له ضمانًا، بل إذا علم ذلك لا يقبل الوديعة والمودِع يرضى بأن يلتزم الضمان ومنفعته عائدة إليه ويده يده فكما ينتفع بيد نفسه فيكون ضمان يده عليه فكذلك ينتفع بيد غيره ليكون ضمان يد غيره عليه.

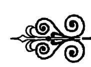
وكذلك في الإجارة وتقدير الضمان على المستودَعين يؤدّي إلى [١٤٣/ب] تنفير الناس عن قبول الودائع.

فأمّا في مسألتنا فالمستعير يقبض لمنفعة نفسه فيرضى أن يكون الضمان في مقابلته، وأمّا المعير إذا عرف أن المستعير يرجع بالضمان عليه مع أن منفعة قبضه له، لا يرغب في الإعارة أصلًا، لأنه لا ينفع غيره بعهدةٍ تلحقه، فأمّا يجوز أن يرغب في منفعة غيره مع براءته عن العهدة.

وقد تعلق مشايخهم بسقوط ضمان الأجزاء عند الاستعمال.

وقالوا: إذا سقط الضمان في صورة الإتلاف فلئن يسقط الضمان في صورة التلف بلا إتلاف أولى.

قالوا: وليس كما لو أعار المغصوب من الغاصب حين لا يضمن الأجزاء بالإتلاف، ويضمن العين بالتلف، لأن عندنا إنما تصير العين عارية بعد استعمال العين، وإذا استعمل العين فلا ضمان سواء تلف أو أتلف بالاستعمال، فأما قبل الاستعمال فلم تثبت بعدُ يد العارية، وهذا لأن العارية تبرع بالمنافع

فما لم يتسلم المتبرع به بالانتفاع لا تقع البراءة عن يد الغصب.

قالوا: وأمّا المقبوض على سوم البيع، فإنما جعلناه مضمونًا تقليدًا بقول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، وهو أثر معروف[1]، ولم يرو عن أحد خلافه، وعلى أن القبض هناك حصل على جهة العقد فيكون ملتزمًا للضمان كما يكون ملتزمًا بحقيقة العقد إلحاقًا لجهة الشيء بحقيقته.

وأمّا ههنا لا التزام ولا عدوان، ولابد للضمان من أحد هذين السببين: إمّا التزام بعقدٍ أو جهة عقدٍ أو تحقيق تَعَدٍّ أو تقديره، وفي المخمصة وجد تقدير تَعَدٍّ، لأن إذن المالك معدوم، وإنما وجد إذن الشرع لضرورة دفع الهلاك.

وأمّا في مسألتنا قد وجد إذنُ المالك حقيقة فلم يتصور تقدير التعدي فقد فُقِدَ كلا سببي الضمان فلم يجب.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «وجد القبض بإذن صحيح صدر من المالك».

قلنا: إذن مطلق أو إذن ضرورة.

إن قلتم: مطلق، فلا نسلم كما بينا، ولأن الغاية تبرع والتبرع بالقبض لا يتصور.

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه: ١٧٩/٨، ولفظه: «العارية بمنزلة الوديعة ولا ضمان فيها إلا أن يتعدى».
وروي عن علي بن أبي طالب قوله: «ليس على صاحب العارية ضمان». ينظر: المصنف: ١٧٩/٨.

وإن قلتم لضرورة الاستعمال، فهو مسلم، لكن فيما وراء الاستعمال جعل الإذن فيه كالعدم.

يتبين بما قلنا أن العارية إثبات حق فينظر: فيما أثبت فيه حق المستعير وإنما أثبت الحق في المنافع، وأمّا العين فلم يثبت فيها حقٌّ للمستعير لا مُلكًا ولا يدًا، فبقيت اليد حق المالك وقد جعلها المستعير لنفسه، لأنه جعل العين في يده لينتفع بها، فدل أنه قد أثبتها لنفسه، وَمَنْ أثبت حق الغير لنفسه فقد تعدّى، وقد كان سبيله ألا يزيد على الانتفاع الذي جُعِلَ له إلا أنه لما لم يكن إلّا بعد أن تكون العين في يده أعرض عن هذه اليد التي جعلها لنفسه في هذا الحكم الواحد، وبقي معتبرًا فيما وراءه ونظيره المخمصة، والمسائل التي ذكرناها.

وقولهم: «لم يوجد في المخمصة إذن المالك».

قلنا: إذن الشرع وراء إذن المالك، وهذا لأن الحظرية تجعل الشرع لحقه فإذا أسقط حقه بالإباحة فينبغي أن يسقط الضمان، ولكن لم يسقط الضمان للمعنى الذي قلناه، وعلى أن المالك وإن أذِن بوجود الضرورة تكون هكذا أيضًا، وإنما إذنُ المالك يعمل في إسقاط الضمان في موضع وجود الحظرية لحقه، وكذلك إذا أعار من الغاصب اعتبر إذنه في جواز الاستعمال ولم يعتبر إذنه في انقلاب يد الغصب يد عارية، ولو تضمنت الإعارة الإذن في القبض مطلقًا وَجَبَ أن تزول يد الغصب بنفس العقد، كما لو أودع منه، وليس لهم على هذا كلام يُبالى به فتركتُه، وما ذُكِرَ أخيرًا فالكلام عليه ظاهر.

وأمّا تعلقهم بالإتلاف المأذون فيه، فتعلق ضعيف، لأن الإتلاف مأذون

فيه بنفسه، وأمّا القبض غير مأذون فيه بنفسه بل هو مأذون فيه لضرورة الاستعمال، ونظير مسألتنا من تلك المسألة إتلاف الأجزاء بالاستعمال فلا جَرَمَ لم يضمنها.

وأمّا فصل الإجارة وهو المشكل فقال الشافعي: «لا عن استحقاق». وأراد الاحتراز عن هذا، وفي الإجارة قد تعدّى الاستحقاق إلى العين حتى يجب عليه تسليم العين.

وهم يقولون على هذا قد تعدّى الإذن إلى العين أيضًا حتى جاز القبض فلابد من زيادة تقديرٍ ليخرج الجواب فنقول:

الإجارةُ عقدُ استحقاق بمعاوضةٍ، ولابد في الاستحقاق من محلٍ مستحقٍ ليمكن جعل العوض في ما يقابله، والمنافع معدومة فأقمنا محل المنافع مقام نفس المنافع في الاستحقاق وهو العين فكان تعدّي الاستحقاق إلى العين من هذا الوجه وإذا صارت العين [١٤٤/أ] حق المستأجر بهذا التقدير لم يكن إيجاب الضمان على المستأجر فيما هو حقه.

وأمّا في مسألتنا، والعارية محض إباحة وليس في مقابلة المنافع عوض أصلًا فجاز في منافع توجد حتى إذا وجدت استوفاها، وبهذا جاز مطلقًا من غير تقديرٍ بخلاف الإجارة لسهولة باب الإباحة فلم نحتج إلى أن نقيم العين مقام المنافع في الاستحقاق فصار حق المستعير في المنفعة فحسب، ولم يكن له حق في العين أصلًا لا مُلكًا ولا يدًا على ما سبق.

فإن قالوا: إذا جعلتم العقد على ما زعمتم فَلِمَ وَجَبَ التوقيت؟.

قلنا: لتقدير المستوفى من المنفعة، وعلى هذا الذي قلناه خرج مسألة الوصية بالخدمة، لأن الاستحقاق هناك تعدّى إلى العين بدليل وجوب التسليم، وبدليل أن الوارث لو قَتَلَ العبدَ الموصى لخدمته يغرم القيمة، وأمّا اعتراضاتهم على فصل ضمان الرد، وفصل استقرار الضمان على المستعير.

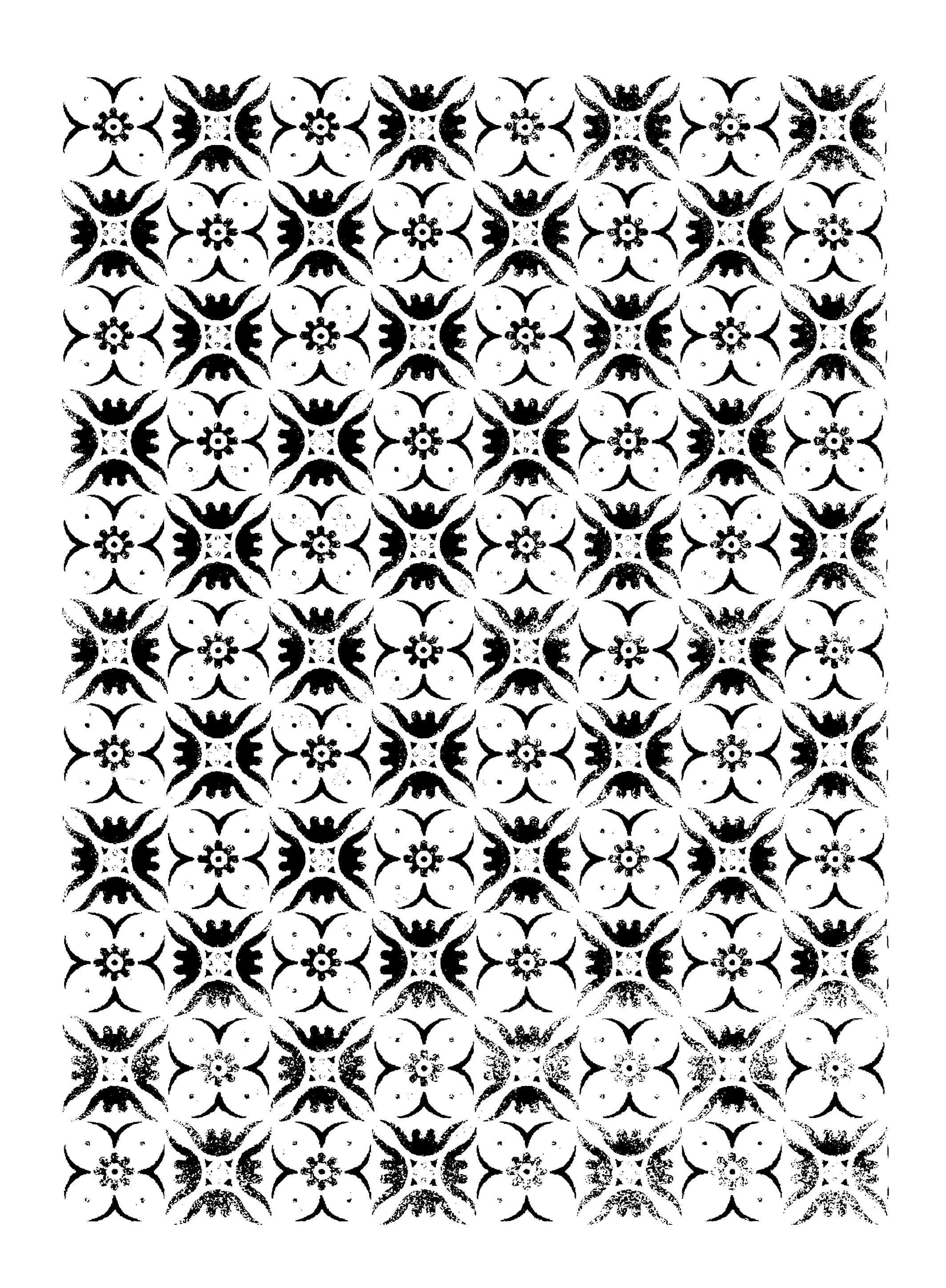
فهي اعتراضات واقعة قوية أحلنا الجواب عنها على مَنْ يعتمد عليها، ونحن اعتمدنا على ما سبق.

وأمّا كلامهم الأخير، فليس بشيء، لأن الأجزاء تلفت باستعمال مأذون فيها من قبل المالك، فنظيره إتلاف عينٍ مأذون فيه من قبل المالك، فإن رجعوا إلى أن القبض هاهنا مأذون فيه أيضًا فالجواب قد سبق.

وقد ذكر بعض مَنْ يدّعى التحقيق والتبرّز من أصحابنا في الجواب عن فصل الأجزاء: أنا نسلم عن ما إذا قال الغاصب: «خرّق ثوبي فتلف قبل الخرق» فتبتني هذه المسألة على تلك المسألة في المنع والتسليم.

وهذا تذلل عظيم في المذهب لا يرضى به مَنْ له أدنى غوصٍ على معاني الفقه، والجواب بدون هذا التذلل، والتمسك ظاهر بيّن على ما سبق، والله أعلم بالصواب.








كِتَابُ الغَصب

※ (مَسْأَلَة):

إذا فقأ عيني عبدٍ أو قطع يديه، فيجوز للمالك أن يضمنه قيمة العبد من غير تسليم الجثة إليه(١).

وعندهم: لا يملك إلا بشرط أن يسلم إليه الجثة(٢).

لنا:

أن الواجب بدل العينين فلا يقف التزامه ضمان العين على إزالة ملكه عن غير المضمون.

دليله: إذا فقأ عينًا واحدة، والدليل على أن الواجب ضمان العين، إنه ضمان جناية، والجناية وجدت على العين، ولأنه لو فقأ إحدى العينين كان الواجب ضمان العين، كذلك إذا فقأ العينين كالحر.

يدل عليه: أن الحر إنما ضمن أبعاضه بضمان كله لشرفه وحرمته وكذلك في العبد يكون هكذا، لأن شرف الآدمي وحرمته موجود فيه.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: العبد مال فلا يجوز أن يبقى للمالك مع أخذه كمال قدر قيمته

(١) المهذب: ٢/٢٦٩، النكت: ورقة ١٧٢/أ.

(٢) مختصر الطحاوي: ٢٣٠، الأسرار: ٢/٢٨١/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١١/٨٦، رؤوس المسائل: ٣٤٦.

كَمَنْ غصب ثوبًا وخَرّقه خرقًا فاحشًا، واختار المالك تضمينه كمال القيمة لم يكن له ذلك مع استبقاء الثوب على ملكه(١).

وتحقيقهم: هو أن معنى المالية مُغلّب على أطراف العبيد، ولهذا لا يجري القصاص فيها عندنا بحال(٢)، وهذا لأن المالية في أجزاء الصورة والأجزاء هي المعتبرة في ضمان الأطراف بدليل المسائل التي عرفت من كامل اليد وناقصة اليد، واليد الشلاء وغير الشلاء وأمّا في النفس فالأجزاء فيها غير معتبرة بدليل المسائل، وإذا كانت الأجزاء معتبرة في الأطراف، وقد صارت مالًا لم يجز إسقاط جهة المالية في ضمانها، ولما لم تكن الأجزاء معتبرة في ضمان النفس ولا مالية فيما وراء الأجزاء بقي ضمان النفس على ما كان، وليس فيه من حكم المالية شيء، [ولهذا جوّزنا أن يزاد ضمان طرف العبد على بدل الحر(٣)، بخلاف ضمان النفس لا يزاد عندنا على ضمان الحر(٤).

قالوا: وإذا ثبت أن الضمان ضمان مال في أطراف العبيد، والجناية في مسألتنا وجدت على الطرف لم يجز أخذ كمال القيمة مع إمساك الأصل، كَمَنْ غصب شاة وقطع رجلها، وضمّنه المالك كمال القيمة يسلم إليه الجثة(٥) وكذلك هاهنا، وهذا بخلاف الحر، لأنه لا مالية فيه فلم يجز اعتباره بضمان [١٤٤/ب] الأموال بحال](٦).

---

(١) المبسوط: ٨٦/١١.
(٢) مختصر الطحاوي: ٢٣١.
(٣) أي أنه ديته مساوية لدية الحر، ينظر: مختصر الطحاوي: ٢٣٠.
(٤) المبسوط: ٨٦/١١.
(٥) المبسوط: ٨٦/١١.
(٦) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢٨٢/٢ (مراد ملا).

قالوا: ولا يجوز أن يقال لو كان هذا الضمان ضمان مالٍ وَجَبَ أن يجوز له أن يغرمه نقصان الفقء والقطع وإمساك الجثة كما في سائر الأموال، [وكما قال أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة من أصحابكم فإنهما جَرَيَا من غير تناقض[1]، وأبو حنيفة ناقض ذلك[2]، لأنا وإن ألحقناه بضمان الأموال لكنا لا نعرض عن كونه آدميًا من وجهٍ، فإن العبد مال من وجهٍ، آدمي من وجهٍ فلابد من اعتبار كلامهما، فالقول بما قال الشافعي إسقاط اعتبار أنه ضمان مال، والقول بما قال أبو يوسف ومحمد من تضمين النقصان وإمساك الجثة إسقاط اعتبار أنه ضمان آدمي، لأن تضمين النقصان لا يمكن إلّا بعد التوزيع الواجب على النفس والفائت من الطرف، وهذا التوزيع لا يتصور في ضمان الجناية على الآدمي، بل حكم الضمان أنه بإزاء الفائت لا غير فقلنا باعتبار الشبهين.

ووجه ذلك: أنه بحكم أنه جناية على آدمي لا يجب متوزعًا فلم يجز له تضمين النقصان بل يكون الواجب بإزاء الفائت، وبحكم أنه ضمان مالٍ لم يجز له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك، وهذا كَمَنْ هشم قُلّب فضة يضمن لصاحبه ولكن ليس لصاحبه أن يضمِّنه إلّا بترك الأصل عليه، وأخذ القيمة من خلاف جنسه][3]، لأن الجودة في الموزونات متقومة مع أصلها غير متقومة منفردة عن أصلها فجعل ضمانه بين هذين الأصلين فقيل إذا أمسك

(١) ينظر: الأسرار: ورقة ٢/٢٨٢ (مراد ملا).

(٢) يشير إلى قوله: «ما جناه الحر عليه من قطع عضو أو من فقوء عين وجب عليه فيه جزء من قيمته إلا حصة من عشرة دراهم من قيمته...»، ذكره الطحاوي في المختصر: ٢٣٠.

(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا).

الأصل وأراد تضمين الجودة على انفرادها لم يكن له ذلك كما لو أتلف شيئًا لا قيمة له من خمرٍ ودمٍ ونحوه، وإذا أراد ترك الأصل عليه وتضمينه جميع القيمة بخلاف جنسه ظهرت القيمة وجاز له ذلك، كذلك في مسألتنا هذه، فإن الجناية موجودة على الآدمي لكنها بخلاف سائر الجنايات من حيث إن الواجب بدل الطرف والطرف مال فكان بدل مالٍ لا بدل نفسٍ من هذه الجهة ولابد من إظهار حكم السبب في أنه جناية على الآدمي، وحكم البدل، لأنه واجب عن مالٍ فيقال له: قد وجب لك كل ضمان النفس بإزاء الفائت بحكم الجناية غير متوزعٍ على الفائت والباقي، لكن لاستيفائه شرط ضمان المال، وهو ألا يسلم لك الأصل مع كل الضمان فإن شئتَ أتيت بالشرط وأخذتَ الحق وإن شئتَ أبطلتَ حقك بإعدام الشرط مثل مسألة الهشم في المعنى سواء هذه طريقة أبي زيد قالها في الأسرار [1].

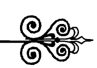
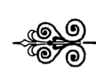
وقال في كتاب الجواهر: لما كان مالًا مضمونًا من وجهٍ آدميًا مضمونًا من وجهٍ اعتبر بالآدمي في إحدى العينين، وبالمال في كلا العينين، عملًا بالشبهين، وهذا كما قلنا في مسألة دية النفس إنها إذا انتقصت عن دية الحر اعتبرت بالمال، وإذا زادت تعتبر بالآدمي، وهذا لأن المال يتقوم بأجزائه فلا يتصور وجوب كل الضمان بالبعض» هذا حكاية لفظه.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «مال».

يجوز أن يقال على المقابلة آدمي فجاز تضمين الجاني بالجناية عليه مع

(١) ينظر: الأسرار: ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا).

بقاء المجني عليه على أصل السلامة لصاحبه.

دليله: الحر.

وأمّا قولهم: «إن معنى المالية مغلّب على أطراف العبيد».

قلنا: لا نسلم، بل حكم الأطراف حكم النفوس في الأحرار والعبيد وإلحاق الأطراف بالأموال ظلم عظيم على الأطراف، وقطع الأجزاء عن النفوس حيف على النفوس.

ومما يدل على أن الأطراف معتبرة بالنفوس لا بالأموال أن العبد إذا أقر على نفسه بالسرقة وجب عليه القطع، وإذا أقر عليه المولى بالسرقة لم يجب، مثل ما لو أقر العبد على نفسه بالقصاص في النفس وجب عليه، وإذا اعترف المولى عليه لم يجب.

ثم نقول الدليل على أن الواجب ليس ضمان المالية: أنه لو أراد إمساك الجثة وتضمينه النقصان لم يكن له ذلك ولو كان ضمان مال جاز له ذلك، ألا ترى أن في الثوب إذا خرّقه إنسان، والشاة إذا قطع رجلها إنسان له أن يمسك الثوب ويضمّنه الخرق، وفي الشاة له أن يمسكها ويضمّن النقصان، وليس لهم على هذا كلام إلا اعتبار الشبهين.

وطريقة الشبهين في كل موضع تُستعمل ضعيفة جدًا لوجهين من الكلام:

أحدهما: أنها طريقة الْمُتوقّفة المتحيرة لا طريقة الفقهاء فإن الفقه يظهر بترجيح المعاني، وتغليب الأشباه واعتبار الشبهين ليس من الفقه في شيء.

الثاني: أنه ما من موضعٍ يُستعمل فيه طريقة الشبهين إلّا والخصم يمكنه




إسقاطُها بالمقابلة [١٤٥/أ] وبيان ذلك في مسألتنا أنا نقول: لوجود الشبه بالأموال.

قلنا: ينتقص بدلُ النفس بفوات الأطراف.

ولأجل الشبه بالنفوس قلنا: له أن يضمنه بدل الفائت من الجزء وأن تقدر بجميع قيمة الجملة مع بقاء الجملة لصاحبها وسلامتها له.

وعلى الجملة كلامهم بناء على التفريق بين الأطراف والنفوس، ونحن لا نسلم لهم ذلك بحالٍ.

وقولهم: «إن المالية إنما يتصور في أجزاء النفوس».

قلنا: هي متصورة في الأجزاء والجملة جميعًا، لأنه معنى حكمي ثابت في الجملة بأجزائها، ولولا ثبوتها في الجملة ثبت[1] في الأجزاء.

فإن قالوا: ليس[2] أنكم قلتم في قيمة العبد إن المضمون هو المال دون الدم، ثم زعمتم ههنا أن المضمون هو الدم، وهذا تناقض بيّن.

قلنا: نحن نتبع الدليل في كل مسألة فنقول في قيمة العبد المضمون هو المال دون الدم، لأن الواجب هو القيمة ولا يتصور إيجاب القيمة في مقابلة الدم فجعلناها في مقابلة المال على ما ذكرنا في تلك المسألة، فأمّا في[3] مسألتنا اتبعنا دليلًا آخر وهو أن الواجب بقطع اليدين وفقوء العينين كل القيمة،

(١) كذا في المخطوط، ولعل صحة العبارة (لم تثبت).

(٢) كذا في المخطوط، ولعل صحته: (أليس).

(٣) في المخطوط قوله: «فأما في» مكرر مرتين.

وتقدير الواجب بجميع القيمة دليل على اعتبار النفوس في هذا الحكم، وأن العبيد ألحقوا بالأحرار في هذا، وإذا قام الدليل على اعتبار النفسية اعتبرنا ذلك، ولم نبال بأخذ قدر جميع قيمة الجثة، مع بقاء الجثة على ملكه كالحر سواء.

وأمّا مسألة الهشم، فهي على أصولهم، ويجوز عندنا على أحد الوجوه أن يضمّنه النقصان مع بقاء القُلّب له وإمساكه.

وقيل: إنه يجوز أيضًا وإن كان من جنسه ولا يُعدّ ذلك ربا، لأن الربا إنما يدخل في العقود، وأمّا في ضمان المتلفات فلا، وأمّا إذا خرّق الثوب يضمنه النقصان إن كان للباقي قيمة، وإن لم يكن للباقي قيمة فالخرق إتلاف فلهذا ضمن جميع قيمته.

وقد قال مشايخهم: إن ما قلتم يُؤدّي إلى الجمع بين البدل والمبدل في ملكٍ واحدٍ وهو غير جائز، وهذا بناءً لهم على أن الواجب في مقابلة الجثة.

وقد بيّنا أن الواجب في مقابلة العينين، لأنه ضمان جناية فيكون في مقابلة الفائت بالجناية خاصة لا في مقابلة الفائت وغير الفائت.

وإن زعموا أن فقء العينين إتلاف حكمًا.

يقال لهم: ضمان الجناية يجب بالإتلاف الحسّي في مثل هذا الموضع ويقابل التالفُ حسًّا ولا يقابل التالفُ حكمًا، ألا ترى أن في الحر يُعدّ هذا الفعل أيضًا إتلافًا من حيث الحكم، ومع ذلك الواجب بإزاء التالف الحسّي من العينين واليدين لا بإزاء التالف الحكمي من النفس بدليل أنه لو أتلف




النفس بعد ذلك أو جني على عضوٍ آخر يجب ما يجب من قتلٍ.

وقد ألزمهم مشايخنا فصل المدبّر، وقطع إحدى اليدين، وهم يقولون في المدبّر إذا فقأ عينيه أو قطع يديه يجب ضمان النقصان ولا تجب جميع القيمة.

وقالوا: في قطع إحدى اليدين لم تجب عليه جميع قيمة الجثة حتى يجب تسليم الجثة له عند أخذها.

فإن قلتم: مَلِّكوه نصف الجثة فهو حيف عظيم على المالك، لأنه يبقى عليه نصف عبدٍ ناقصٍ بأخذه نصف القيمة، وهذا محض ضرر، وهذا لأنه لم يأخذ ما يقابل جميع الجثة، وإنما أخذ ما يقابل بعض الجثة، والجناية الحاصلة على بعض الجثة.

فأما في مسألتنا أخذ ما يقابل جميع الجثة فلا يجوز أن تبقى الجثة على ملكه كما سبق.

والجواب عن هذا ممكن وتمشية الإلزام بقطع إحدى اليدين على ما قاله الأصحاب متأتٍّ، لكن الاعتماد على ما قلناه أولى. والله أعلم بالصواب.

❋ (**مَسْأَلة**):

المضمونات لا تُملك بالضمان عندنا[١].

وعندهم: تملك[٢].

والمسألة تدور على أن الغصب[٣] هل يكون سببًا للملك أم لا ؟.

فعندنا: لا يكون سببًا للملك بحال[٤].

وعندهم: الغصب موجب لملك المبدل بإيجابه الملك في البدل[٥].

❋ **لنا**:

أن ضمان الغصب ضمان جناية فلا يفيد ملك المضمون.

دليله: ضمان القتل، وإن علّلنا للسبب فنقول: الغصب جناية فلا يكون سببًا للملك. دليله: القتل، وهذا لأن الجنايات عدوانات والعدوانات لا تكون سببًا للملك، لأن الملك مشروع فلا يثبت إلا بسببٍ مشروعٍ، والجناية بالغصب محظور محض وليس فيها وصف من المشروعية بحال، وغير المشروع لا يكون سببًا للمشروع، وكذلك ضمانه لا يفيد الملك، لأن الضمان

---

(١) ينظر: المهذب: ٤٨٤/١، روضة الطالبين: ٣٦/٥.

(٢) ينظر: الأسرار: ٢٨٩/٢/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١١٨، المبسوط: ٦٧/١١، مختصر القدوري: ٤٠٠/١ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٤٤٢٥/٩، رؤوس المسائل: ٣٤٧، إيثار الإنصاف في آثار مشكل الخلاف: ٢٥٦.

(٣) الغصب: هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا. ينظر المنهاج مع المغني ٢٧٥/٢

(٤) الأم: ٢١٩/٣، المهذب: ٤٨٤/١.

(٥) ينظر: الأسرار: ٢٨٢/٢/ب (مراد ملا)، بدائع الصنائع: ٤٤٢٥/٩.

وجوبه بناءً على السبب، وإذا كان بسبب الضمان لا يصلح أن يكون سببًا للملك فالضمان الصادر عنه لا يصلح موجبًا للملك. ولأن ضمان الغصب لو أفاد الملك في [١٤٥/ب] المضمون لأفاد بنفس وجوبه، كضمان الثمن في البيع الصحيح، وضمان القيمة في البيع الفاسد على أصوله، وحين لم يُفد بنفس وجوبه، دل أنه لا يُفيد أصلًا.

وبيانه: أنه إذا غصب شيئًا فهلك في يده وجبت قيمته عليه، ومع ذلك لا يملك المغصوب بالإجماع[١]، وهذا لأن الملك يقابل بالملك، والتسليم بالتسليم، فإن كان هذا الضمان يفيد الملك في المضمون فإذا مَلَكَ المغصوبُ منه القيمة وهي البدل وجب أن يُملك عليه المبدل.

فإن قالوا: لا يملك إلّا بقضاء القاضي وحين يقضي بها القاضي مَلَكَ الغاصبُ المبدلَ.

قلنا: إذا هلك العين في يد الغاصب وعرف هلاكه، أيش الواجب على الغاصب؟ إن قلتم العين المغصوبة فمحال، لأنها هالكة، والهالك لا يتصور ثبوته في ذمة أحدٍ.

وإن قلتم: مثلها فلا يجوز أيضًا، لأن العبد لا مثل له، والمسألة مصورة في غصب العبد أو الثوب، ولا مثل لواحدٍ منهما، ولأنه كيف يثبت مثله في ذمته ولا يطالب به بحالٍ؟ فدل أن الواجب القيمة.

وأمّا توقيف وجوب القيمة على قضاء القاضي فلا معنى له، لأن هلاك

---

(١) ينظر: المغني ٣٦١/٧.

العين كافٍ[1] في وجوب القيمة، ولهذا إذا رفع الأمر إلى القاضي يطالب بالقيمة لا بعين العبد فتبين قطعًا أن القيمة واجبة بنفس الهلاك، ومع ذلك لم يوجب ملك ما يقابله، فكذلك إذا قضى القاضي يكون مثله.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الغصب سبب لملك البدل فيكون سببًا لملك المبدل.

دليله: البيع.

وهذا لأنه إذا مَلَكَ المغصوبُ منه البدلَ، ولم يملك عليه المبدل يجتمع في ملكه البدل والمبدل، وهذا لا يجوز، ولم يرد به الشرع بحالٍ ولأن ملكه لا يصلح أن يكون بدلًا عن ملكه، وما لا يصلح بدلًا لا يكون بدلًا، وإذا ثبت هذا فنقول: من ضرورة ملكه البدل خروج المبدل عن ملكه، أما ثبوت ملك البدل فلا إشكال فيه. والدليل عليه أنه يُوفّر عليه قضايا الأملاك.

وأمّا دليل أن البدل بدل العين أنه يوجب جميع قيمة العين ولا تجب جميع قيمة العين إلا بإزاء العين، وهذا لأن تفويت معنى في العين لا يجوز أن يقابل بجميع قيمة العين فإن تفويت معنى في العين يتنزل منزلة نقص يحل منه في العين، وجميع قيمة العين لا يجوز أن يقابل بنقصان يحل العين.

قالوا: أو نقول إذا قطع يَدَيْ عبدٍ أو فقأ عينيه إن الواجب بإزاء جميع العين، لأنها صارت تالفة حكمًا بقطع اليدين.

وحرفهم في هذا الدليل أن ضمان نقصان يحل العين لا يقابل بجميع قيمة

---

(١) في المخطوط: كافي.

العين، دل أن الواجب بدل العين قطعًا، ولأن ضمان الغصب ضمان جبرٍ.

ومعنى «الجبر» أن إزالة اليد تتنزل منزلة الإتلاف حكمًا فوجب القيمة جبرًا للتلف، ولا يتصور جبر إلَّا بهذا الوجه إلا أنها لما لم يكن تالفة حسًّا فاستقام إثبات الملك فيه للغاصب.

يدل عليه: أن من مذهب الشافعي أنه إذا قدر على الأصل يلزمه رد هذا البدل[1]، ولو لم يكن بدلًا عن العين لم يلزمه رده عند القدرة على العين.

واستدلوا بمجموع هذه الدلائل: أن الواجب ليس ببدلٍ عن الحيلولة وإذا ثبت أنه بدل عن العين تضمن القضاء به خروج المبدل عن ملكه على ما سبق.

قالوا: وأما قولكم: «إن الغصب عدوان فلا يكون سببًا للملك».

قالوا: الغصب صار سببًا بإيجابه ملك البدل، وهو بإيجابه ملك البدل ليس بعدوانٍ من هذا الوجه، كما أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة لكونه سببًا لخلق الولد، وهو من هذا الوجه ليس بمحظورٍ.

وقال أبو زيد في الأمالي:

على هذا أن وقوع الملك في البدل حكم شرعي، وليس بعدوان فلما صار الغصب سببًا لملك البدل لم يكن عدوانًا، عُلِم أنه سبب لملك الأصل لا على معنى أنه سبب لإثبات ملك له عدوانًا، بل كان ملك البدل بالغصب أمرًا مشروعًا، ثم السبب المشروع لملك مالٍ بدلًا عن مالٍ مشروع سببًا لملك

(١) الحاوي الكبير: ٧/٢١٨.

البدلين جميعًا على سبيل المقابلة كالبيع، وحرّر على هذا فقال:

الغصب سبب لملك بدل أصلٍ هو مال فيكون سببًا لملك ذلك الأصل.

الدليل عليه: البيع.

وقال بعضهم: لما وجب الضمان على الغاصب، والضمان مقيّد بالمثل شرعًا، ومتى لم يفوّت الملك على المالك في العين وبقيت العين على ملكه ووجب على الغاصب ضمان العين لم يكن هذا الضمان مثلًا للأول فاحتجنا إلى إزالة العين عن ملك المالك ليمكن إدخال البدل في ملكه والشيء يقتضي شرطه فصار قضاء القاضي بالضمان الذي هو سبب لثبوت الملك في [١٤٦/أ] البدل مقتضيًا زوال العين عن ملكه شرطًا لدخول البدل في ملكه كما في قوله «أعتق عبدك عني على ألف درهم» فإن الملك يثبت شرطًا لتصحيح العتق.

وعلى هذا قالوا: إذا كان الملك في المبدل بطريق الاقتضاء لملك البدل فعُدوا نِيّة السبب في ملك المبدل لم تكن مانعًا منه.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا إذا غصب مُدبّرًا حيث يضمن الغاصب قيمته ولا يملك المدبّر، لأن هناك السبب قد وجد إلّا أنه امتنع العمل لمانعٍ، وهو أنه لا يحتمل النقل من ملكٍ إلى ملكٍ ويجوز أن يوجد سبب الملك ويمتنع عمله لمانعٍ.

وحرفهم: أن بقاء الملك في المدبر ضرورة.

وقال بعضهم: إن الضمان في المدبر يقابل اليد ضرورة، لأنا لو جعلناه في مقابلة الرقبة احتجنا إلى أن نزيل الرقبة عن ملك المالك ولا يمكن

ومعتمدهم الأول.

واعتذر أبو زيد عن المدبّر في الأمالي وقال:

أولًا: تعليلنا لبيان أن ما قلناه سبب لملك الأصل في الجملة، لا لبيان أنه في أيّ محلٍ يعمل وفي أيّ محلٍ لا يعمل، ثم قال: الغصب يشبه الجناية التي هي القتل ويشبه البيع، أمّا شَبَهُ الجنايات فلأنه عدوان في نفسه، وَشَبَهُ البيع لأنه سبب لملك بدل يختص بالمال، ولا نوجب بدل غير المال بحالٍ مثل البياعات، فمن حيث إنه جناية أوجب الضمان فيما لا يملك من غير ملك المبدل، وهو المدبّر كالجنايات، ومن حيث إنه يشبه البيع قلنا: إنه يوجب الملك فيما يملك وهو القِنّ.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الآبق والهالك لا يحتمل الملك أيضًا، قال: أمّا الآبق فلا شك أنه محتمل للملك، وعلى أن عندنا إذا ثبت الملك في المغصوب يستند الملك إلى وقت الغصب، وعند الغصب لا هلاك ولا إباق، وفي المدبّر قد وجد التدبير عند الغصب.

فإن قلتم: كيف يستند وفي الحال لا يمكن إثبات الملك؟ ولأنه في المسندات من اعتبار الحال نقول: ملك المغصوب ليس يثبت مقصودًا، وإنما يثبت شرطًا لدخول البدل في ملكه وبهلاك المغصوب لم يبطل وجوب البدل بل تقرر، فإذا قضى به القاضي وَمَلَكَ الغاصبُ بالقضاء استند ملك البدل إلى وقت الغصب، لأنه السبب، وإذا استند ملك البدل اقتضى شرطه، وهو زوال المبدل عن ملكه، لأنه لا صحة إلا به.

قالوا: والملك يقع في المبدل وقت القضاء ووقت القضاء كان الشيء

قائمًا محتملًا للملك.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن هذا البدل بدل خلافة لا بدل مقابلة بدليل أنه يعتبر العجز عن الأصل ليقام الخلفُ مقامه، وفي بدل المقابلة يعتبر قيام المبدل حتى يحصل البدل في مقابلته، كالثمن مع المثمن، والأصل في الخلف إنما يقوم مقام الأصل حال العجز عنه، وإذا جاءت القدرة على الأصل سقط اعتبار الخلف كما في الماء مع التراب هذا لا يجوز أن يقال؛ لأن الذي قلتم: إنه بدل خلافة فمسلم، ولكن لابد من إزالة الأصل عن ملكه حتى يدخل البدل في ملكه، فإذا دخل البدل في ملكه وزال الأصل عن ملكه وقع الفراغ عنه فبعد ذلك يكون القدرة على الأصل قدرة بعد حصول المقصود بالبدل فلا يسقط اعتبار البدل كما لو تيمم وصلى ثم وجد الماء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال لو استند الملك لَنَفَذَ العتق من الغاصب، ولَمَلَك الأولاد.

قالوا: أمّا العتق إنما لم ينفذ، لأن ما يثبت بطريق الإسناد يثبت من وجهٍ دون وجهٍ، لأن الغصب لم يكن سببًا للملك عند الغصب، وإنما صار سببًا للملك عند ملك البدل ثم تستند السببية فيكون الملك ثابتًا من وجهٍ () دون وجهٍ، لأن السببية كانت ثابتة من وجهٍ دون وجهٍ، والملك الثابت من وجهٍ دون وجهٍ يكفي للبيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب.

وأمّا فصل الأولاد إنما لم يملكها، لأنا ذكرنا في كتاب البيوع أن الولد يسري إليه بسبب ملك الأصل وهو البيع، ولا نقول يُملك بملك الأصل، وملك الغاصب ملك خلافة فيخلُفُه في الملك لا في السبب الذي مُلكَ به

الأصل، لأنه يثبت بطريق الضرورة لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل، ولما صار خليفة في الملك لا في السبب، والولد مملوك بالسبب الذي مُلِكَ به الأصل، فإذا لم يصر خليفة في السبب لم يملك ما يملكه بذلك السبب ولم يكن مملوكًا بملك الأصل حتى إذا صار خليفة في ملك الأصل مَلَكَه، وأمّا الكسب لا يُملك بالسبب، لأن السبب لا يسري إلى الكسب فصارت علة [١٤٦/ب] ملك الكسب وجود الملك في المكتسب يوم الكسب، وقد صار الملك للغاصب فيكون الكسب له.

وقد ذكروا عذرًا آخر عن الولد أضعف من هذا فتركتُه.

قالوا: ولا يلزم إذا أخذ القيمة بقول الغاصب ثم وجد العين حيث تسترد، لأن التعليل وقع لإيجاب الملك في المغصوب، وهناك قد وقع الملك للغاصب في المغصوب إلّا أنه تملك غير لازم، لأنه لم يرض به حيث أخذ بقول الغاصب، وهو يزعم أن البدل أكثر مما قاله الغاصب، وإذا لم يلزم الملك لعدم الرضا يثبت له خيار الرد، كما لو اشترى شيئًا ثم وَجَدَ به عيبًا لم يكن الْمُلك لازمًا، لأنه لم يرض، كذلك ههنا.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «سبب لملك البدل».

لا نسلم، إنه بدل العين بل هو ضمان إزالة اليد، وهذا لأن الضمان إنما يكون بإزاء الفائت لا بإزاء الباقي، والعين باقية على ملك المغصوب منه، وإنما الفائت هو اليد، فيكون الضمان بإزاء الفائت من اليد لا بإزاء الباقي من العين، ولأن الضمان الأصلي إعادة اليد، فإنه إذا كانت العين قائمة في يده




إنما يجب عليه إعادة اليد فإذا هلكت العين أو أبق العبد تجب القيمة ليكون إثبات يده في القيمة مكان إعادة يده في الأصل أن لو كان الأصل قائمًا.

فإن قالوا: إن العين هلكت حكمًا بالإباق لفوات الوصول إلى المنافع.

قلنا: هذا بعيد، لأنها باقية حسًّا فكيف تجعل هالكة وقد أمكن إيجاب الضمان من غير أن يجعل في حكم الهالك؟ وجعل الشيء القائم هالكًا من غير ضرورة محال.

وقولهم: «إنه يملك البدل».

قلنا: بلى، ولكن ليكون الثابت له يد ملكٍ كما كان الفائت يد ملكٍ.

وقولهم: «إنه تجب جميع قيمة العين».

قلنا: لأنه وجبت القيمة لتكون يده في القيمة مكان يده الفائتة في العين فوجب جميع القيمة ليستقيم إثبات يدٍ له بدلًا عن اليد الفائتة.

ويمكن أن يقال الشيء للمالك ملكًا والشيء له يدًا، وبالغصب قد فوّت الشيء عنه يدًا فلابد من إيجاب قيمة الشيء ليكون له مكان الأول يدًا على ما سبق.

وأمّا قولهم: «إنه إذا وجد الأصل يرد إلى البدل المأخوذ».

قلنا: إنما وجب ذلك لأنه عادت يده إلى الأصل فوجب رد ما وجب له مكانه ويستوضح هذا الجواب بفصل المدبّر، فإن الواجب بإزاء إزالة اليد في المدبّر.




وقولهم: «إنه بدل العين إلا أنا لم نوجب الملك في الأصل لأنه لا يمكن إيجابه».

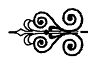
قلنا: لا توجبوا الضمان أصلًا، لأنه لما كان بدلًا واجتماع البدل والمبدل في ملكه لا يجوز، ومن ضرورة ملك البدل خروج المبدل عن ملكه ولا يمكن فدعوا الضمان أصلًا، وقد أسقطتم ضمان الغصب في أمّ الولد فأسقطوا في المدبّر أيضًا.

جواب آخر عن أصل الطريقة:

وهو على تسليمنا أنه بدل العين، ولكن مع هذا لا يملك المبدل، لأنه لم يملك البدل ملكًا مستقرًا، وإنما ملك لضرورة عجزه عن رد العين ليرده عليه عند قدرته عليها، فلِمَ قلتم إن ملك البدل على هذه الصفة يوجب ملك الأصل، بل لا يوجب كما في المدبّر.

فإن قالوا: في المدبّر إن البدل بإزاء اليد لا بإزاء العين، فليس هذا مذهبهم، لأن عندهم إن الرقبة هالكة حكمًا إذا تعذر استردادها فنحتاج إلى جبرها، ولابد في الجبر أن يكون البدل في مقابلة العين، وقد نص أبو حنيفة في كتابهم «أنه إذا غصب مدبرًا ثم غصب من يده غاصب آخر فاختار المالك تضمين الأول فإن الأول يضمن الثاني»، فلو لم يكن الضمان في مقابلة الرقبة لم يكن له تضمين الثاني، فثبت أن في المدبر الواجب عندهم في مقابلة الرقبة، ومع ذلك لم يملك الرقبة لما بيّنا أن الملك في البدل غير مستقر.

فإن قالوا: لم يكن لهذا المعنى، بل لأنه لا يحتمل الملك.

قلنا: قد أجبنا عن هذا، وعلى أنا نقول في مسألتنا: الهالك لا يحتمل الملك.

وأمّا الإسناد الذي قالوه، فباطل، لأنه لابد من محل الثبوت في الحال حتى يستند.

والذي قالوا: إن الأصل ملك البدل.

قلنا: إذا أوجب ملك البدل صار أصلًا، لأن البدل والمبدل لابد من مقابلتهما في الأصالة كالثمن مع المثمن.

والذي قالوا: من وقت القضاء يستند.

قلنا: العين هالكة وقت القضاء، فكيف يتصور ثبوت الملك فيه حتى يستند؟ وأيضًا فإن الإسناد متعذر، لأن السبب عدوان محض، وإسناد الملك إلى سبب هو عدوان محض لا يجوز.

وقولهم: «إنه ليس بعدوان من حيث ملك البدل».

قلنا: ملك المبدل لا ينسب إلى ملك [١٤٧/أ] البدل بل ينسب إلى السبب الذي يملك به البدل كما في البيع، وإذا نُسب إليه فهو في عينه عدوان محض فبطل أن يكون سببًا.

ويقال لهم: أنتم تُلحقون هذا السبب في ملك البدل والمبدل بالبياعات والبيع لا يوجب ملك البدل من حيث إنه يوجب ملك البدل، بل هو يوجب الملك في البدل والمبدل بعينه، ويكون سببًا تامًا في كل واحدٍ منهما، فهذا الذي قالوه بيان بطلان السببية لأن السبب إذا لم يكن بنفسه موجبًا لملك

المبدل لا يصير بملك البدل سببًا كالجناية بالقتل، ولأن السبب لا يصير سببًا بحكمه وإنما يكون سببًا بنفسه، فكأنهم جعلوا هذا السبب سببًا لحكمه وهو ملك البدل، ولأن الأحكام بالأسباب، لأن الأسباب تصير أسبابًا لأحكامٍ.

وفي المسألة لهم تخبطات كثيرة، ومناقضات يتعذر عليهم الخروج عنها فاختصرنا واقتصرنا على ما سبق. والله الموفق للصواب.

※ (مَسْأَلَةٌ):

زوائد المغصوب من الأولاد والثمار وغيرها مضمونة عندنا[1].

وعندهم: لا تكون مضمونة[2].

لنا:

أن الولد مغصوب فيكون مضمونًا كالأمّ، وكذلك سائر الزوائد، ثم الدليل على أنه مغصوب ثبوت يد الغصب عليه، وكل ما ثبتت عليه يد الغصب يكون مغصوبًا، وهم يمنعون ثبوت يده عليه أصلًا، وإن سلموا ثبوت يده عليه يقولون: الغصب مفقود، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد على الشيء حتى يقال إذا ثبتت يده على الولد يكون غاصبًا له فنحتاج في هذه المسألة إلى أن نبين أولًا ثبوت يده عليه بصنع من قبله، ثم نبين أن الغصب هو إثبات اليد

(١) مختصر المزني مع الأم: ٣٧/٣، المهذب: ٤٨٦/١، النكت: ورقة ١٧٣/ب، الحاوي الكبير: ١٥٠/٧، روضة الطالبين: ٥/٧، ٢٧.

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة: ٤٤٣/١، الأسرار: ٢٨٤/٢/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٧٨/١١، بدائع الصنائع: ٤٤٠٤/٩، رؤوس المسائل: ٣٥٢، إيثار الإنصاف: ٢٥٥.

ويبنى عليه الضمان.

أمّا الدليل على ثبوت يده على الولد: المشاهدة، فإن المسألة مصورة فيما إذا كان الأمّ والولد في يده.

فإن قالوا: هو في يده ولكن لا بصنعه.

قلنا: يده صنعه وهو في يده فيستحيل نفي صنعه مع وجود يده.

فإن قالوا: جعل فِي يده لا بفعله بل، فإن الله تعالى خلق الولد في يده وإذا كان الله تعالى جعل الولد في يده انعدم صنعُه، وإذا انعدم صنعُه انعدم غصبُه.

قلنا: إذا حصل في يده ويده يد غصبٍ على الأمّ، فالحاصل في يد الغصب مغصوب.

فإن قالوا: يده يد غصبٍ في الأمّ، فأمّا في الولد فلا، ويجوز أن يكون له يد غصب في شيءٍ ويد أمانةٍ في شيءٍ آخر.

وربما يقولون: الغصب قد انقضى، لأنه فعل ينقضي بالفراغ منه وإنما بقي حكم الغصب في الأمّ لا نفس الغصب.

۞ **الجواب:**

إن الولد حصل في اليد التي على الأمّ واليد على الأمّ يد غصبٍ فيكون حاصلًا في يد الغصب، ثم يدل على استدامة وجود الغصب في الأمّ فنقول: الغصب فعل حسي فإذا استديم الفعل الحسّي صار الغصب مستدامًا، وإذا




صار الغصب مستداماً بهذا الوجه، فاليد التي بها يصر مستديماً للغصب في الأمّ يصير به غاصباً للولد، وهذا كجرح يستديمه في محل حسًّا يجوز أن يجرح به في محل آخر فيكون مستديماً للجرح في المحل الأول مبتدئياً للجرح في المحل الثاني، وهذا الكلام بناءً على أن الغصب هو إثبات اليد وسنبين وجه صحة ذلك.

ونستدل في ثبوت يده على الولد بصنعه بوجهٍ آخر فنقول: سبّب بحصول الولد في يده بفعلٍ هو تعدٍ[1]، ونعني «بالتسبيب» إمساك الأمّ فيضاف إليه بالتحصيل، كما لو سبّب التلف بحفر البئر أو وضع الحجر، فإنه يضاف إليه بالإتلاف، كذلك ههنا.

وهذا دليل معتمد.

فإن قالوا: إنما يضاف إليه تسبيباً ما يتصور أن يضاف إليه مباشرة وحصول الولد لا يتصور أن يضاف إليه مباشرة فلا يضاف تسبيباً بخلاف التلف.

وهذا ليس بشيء، لأن مباشرة تحصيل الولد في يده متصور، وليس الكلام في أصل حصول الولد، إنما الكلام في تحصيله في يده.

وسؤالهم المعتمد هو أن يُسلّموا حصوله في يده لصنعه، لكن يقولون لم يحصل بصنعٍ هو غصب، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد.

فنقول: الدليل على أن الغصب هو إثبات اليد: أن إثبات اليد يكفي للملك فيكفي للضمان.

(١) في المخطوط: تعدى.

وصورة إثبات الملك بنفس إثبات اليد في المباحات.

فإن قالوا: الملك لا يتعدى من المحل إلى غيره، والضمان يتعدى من المحل إلى المالك، لأنه يجب له فلابد من فعلٍ يتعدّى إليه، وذلك الإزالة على ما سنبين حتى لو تعدّى في الملك فإنه لا يكفي إثبات اليد.

قلنا: بهذا لا يندفع فصل الملك، لأن الملك يثبت تارة بإثبات اليد بواسطة الإزالة، وتارة بمجرد إثبات اليد، فقولوا أيضًا إن الضمان تارة بإثبات اليد بواسطة [١٤٧/ب] الإزالة، وتارة بمجرد إثبات اليد، ثم الدليل المعتمد في هذا الفصل: أن إثبات اليد على مال الغير تعدٍ[١] لأنه تصرف منه في غير محل حقه فإذا كان تعدّيًا، وضمان الغصب ضمان تعدٍ[٢] فاستقام إيجاب ضمان التعدي بفعلٍ هو تعدٍّ[٣]، وهذا لحقيقة، وهو أن ضمان الغصب هو ضمان الرد في الأصل فإذا تعذر الرد بالإباق أو الهلاك وجب ضمان القيمة لتقوم القيمة مقام الأصل فيصير كأنه رد الأصل.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول:

إثبات اليد بالتعدي على مال الغير مؤثر مخيل في إيجاب رفع اليد، ثم إذا وجب رفع اليد فوجب رفع اليد بوجهٍ يزيل التعدي، ورفع اليد بوجهٍ يزيل التعدي يكون بإيصال الشيء إلى مالكه فيكون هو الرد الذي يثبت عند الأخذ، وإذا وجب هذا الضمان وجب ضمان القيمة عند تعذر الإيصال ليقوم إيصال

---

(١) في المخطوط: تعدى.

(٢) في المخطوط: تعدى.

(٣) في المخطوط: تعدى.

القيمة مقام إيصال الأصل فصارت هذه الصورة وصورة الأخذ من المالك في حكم الغصب سواء.

فإن قالوا: إثبات اليد مخيل مؤثر في إيجاب رفع اليد وإزالة الموانع من أخذ المالك وتخليته بينه وبينه، فأمّا لا إخالة له في إيجاب الرد إنما الأخذ مؤثر في إيجاب الرد الذي هو ضمان الغصب.

والجواب ما سبق: أن رفع اليد إنما يجب على وجهٍ يزيل تعدّيه بإثبات اليد، وإذا رفع اليد من غير أن يوصله إلى مالكه فقد زاد في التعدّي، ورفع اليد على وجهٍ يزيل التعدي لا يكون إلا بإيصاله إلى مالكه فإن جاء المالك يأخذه خُلّي بينه وبينه وإن لم يجئ وجب عليه أن يحمله إليه ويوصله إليه بهذا الوجه ليزول تعدّيه.

وهذا دليل معتمد في نهاية الاعتماد، هذا الذي قلناه كله في الجارية الحائل إذا ولدت.

فأمّا الحامل فالكلام فيها أظهر، لأنه يصير غاصبًا لهما، لأن الأمّ ظرف الولد والولد مظروف، وغصب الظروف يكون غصب المظروف، وهذا أمر محسوس لا يمكن منعه بدليل سائر الظروف والمظروفات، ولأنه إذا غصب شاة حبلى فهو غاصب للولد بدليل أن الشاة إذا كانت تساوي عشرة دراهم عند عدم الحمل ومع الحمل تساوي خمسة عشر، يضمن خمسة عشر، وإذا وجب ضمان الحمل قبل الانفصال فبالانفصال لا يسقط ضمانه، كالحنطة في الجراب، والدُّرة في الحقة.



۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الزوائد ليست بمغصوبة فلا تكون مضمونة كالوديعة واللقطة، وإنما قلنا «ليست بمغصوبة» لأنه لم يصنع في الولد شيئًا وغصبه صنعه، وإذا لم يصنع شيئًا لم يكن غاصبًا، وإنما قلنا «لم يصنع شيئًا»، لأن الزيادة لا صنع للآدمي فيها، وإنما يزداد بصنع الله تعالى فيها.

وحرفهم في هذا: أن الولد حصل في يده بالولادة، والولادة فعل الله تعالى على الخلوص بدليل قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ﴾[1]، فصار نظير مسألتنا إذا هبت الريح بثوبٍ وألقته في حجره فإنه في يده أمانة، لأنه لا صنع له فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يجعل غصبًا بالإمساك، لأن الإمساك ليس بغصبٍ في الأمّ فلا يكون غاصبًا في الولد.

والدليل على أنه ليس بغصبٍ في الأمّ، أنه وجب إمساك الأمّ ليردها على صاحبها، والغصب لا يجب بحالٍ.

هذا نهاية ما قيل في هذه الطريقة.

وأمّا المعتمد لهم قالوا: لم يوجد في الولد غصب، لأن حدّ الغصب: إزالة اليد بإثبات اليد، ولم يوجد في الولد إزالة اليد، لأنه لم يكن في يد المالك حتى يُزال يده.

وربما عبّروا عن هذا وقالوا: الغصب أخذ الشيء من غيره بنقله عن يده

---

(١) سورة النحل، آية: ٧٨.

إلى يده فذلك النقل هو الغصب، وبعد أن وجد النقل يبقى حكم الغصب لا الغصب، وهذا كالدخول في الدار ينقطع بالفراغ عنه وإذا انقطع فعل الغصب لم يتصل بالزيادة فلا تصير مغصوبة.

قالوا: والدليل على أن حدّ الغصب ما بيّناه أن الضمان الواجب ضمان جبرٍ، لأنه وجب لحق الآدمي، وضمان حق الآدمي يكون بالجبر لا غير، وضمان الجبر ركنه التفويت ولا تفويت في الغصب إلّا تفويت اليد، فدل أن حقيقته تفويت اليد، ثم تفويت اليد ينزل منزلة تفويت العين حكمًا، لأن العين لا تراد لذاتها وإنما تراد لمنافعها، وباليد يتوصّل إلى منافعها فصار تفويت اليد كتفويت العين.

يدل عليه: أن الغصب فعل مُتعدٍ[1] تقول: «غصبتُ من فلان».

وحقيقة التعدي هو إزالة يد المالك بإثبات يد نفسه.

وربما يقولون: يد مبطلة ليد صاحبه، فإذا لم يوجد تعدّي الفعل إلى غيره [١٤٨/أ] لم يوجد الغصب.

قالوا: وأمّا قولكم: «إنه متعدٍّ[1] بإثبات اليد عليه».

يقال، بلى متعدٍّ[1]، ولكن ليس كل فعل اتصف بالتعدي يكون غصبًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن لم يوجد إزالة يد المالك فقد وجد منع يده فيقوم مقام الإزالة كمنع الرق، ومسألة المغرور تقوم مقام تفويت الرق، لأن المنع أيضًا لم يوجد، فإن الولد لا يحصل في تزاحم المغصوب منه حتى

(١) في المخطوط: متعدى.

يمنع منه، وإنما يحصل بحيث لو أراد أخذه أمكنه، وههنا أيضًا يكون المغصوب منه متمكنًا من أخذه ولو أراد أخذه فمنعه الغاصب يصير غاصبًا.

أما قبل المنع فلا يجوز أن يجعل غاصبًا ولم يوجد تفويت يد ولا منع يدٍ وعلى أن المنع من الشيء لا يعطى له حكم تفويت ذلك الشيء.

ألا ترى أن مَنْ أهلك نصاب الزكاة قبل حول الحول لا يضمن الزكاة، وإن مَنَعَ الوجوب، وإذا أتلف غنم إنسان وأشجار إنسان لا يضمن الأولاد والثمار وإن منع حصولهما.

وأمّا مسألة المغرور[1] فإنما أوجبنا الضمان بإجماع الصحابة على خلاف القياس[2]، وبعضهم قال: قد ثبت رق الولد في حق مالك الجارية، لأنه ولد جاريته، وإنما هو حُرّ في حق المستولد، ويجوز أن يكون الشخص حُرًّا في حق إنسانٍ دون غيره، كمن شهد بحرية عبد غيره يكون حُرًّا في حق الشاهد دون المشهود عليه، ثم إذا رفعوا الأمر إلى القاضي لا يمكنه الجمع بين حكم الرق والحرية فيغلب الحرية ويبطل الآن حق مالك الجارية في رق الولد بقيمة يوجبها على المستولد، ولهذا المعنى يعتبر قيمة الولد عند الخصومة لا عند الولادة.

قالوا: ولا يلزم على الأصل الذي قلناه غاصب الغاصب حيث يضمن للمالك وإن لم يوجد إزالة يده، لأنه قد وجد منه إزالة يد مَنْ يقوم مقام يده

---

(١) المغرور: يقال غَرّه غرًّا وغرورًا وغِرّه بالكسر فهو مغرور: خدعه والمقصود هنا: خدعه بأن يزوجه أمة على أنها حرة. ينظر: القاموس مادة (غَرّ)

(٢) ينظر: المغني ٩/٤٤١.

من وجهٍ، ويد الغاصب تقوم مقام يد المالك من وجهٍ، ولهذا المعنى تقطع يد السّارق بخصومة الغاصب كما تُقطع بخصومة المالك، وأيضًا بغصبه إزالة مُكنة المغصوب منه من أخذ الشيء من يد الغاصب الأول فنزَّله منزلة إزالة يده.

قالوا: وعلى هذا المودع إذا حجر الوديعة يجعل غاصبًا لإزالة الْمُكنة، وكذلك المغصوب منه إذا طالب برد الولد فَمَنَعَه، وعلى أن يد المودَع يد المودِع، وكذلك في حق الولد يد الغاصب يد المغصوب منه، لأنه أمانة فبجحد الوديعة وبمنع الرد تجعل يده يد نفسه فنزّل منزلة إزالة يده.

قالوا: ولا يلزم ولد الظبية المخرجة من الحرم حيث يضمنه، لأن الضمان هناك بإزالة أمن الصيد، والأمن يزول بوقوعه في أيدينا كيفما وقع، لأن أمان الصيد ببعده عن أيدينا، فصارت اليد بصورتها مقومة للأمن فوجب الضمان.

وأمّا ههنا فالضمان إنما يجب بالغصب وذلك بيد في العين مبطلة ليد صاحبها، فلم يوجد بنفس وقوع الشيء في أيدينا.

والحرف: أن أيدينا الممسكة في الزوائد من الصيد كالأخذ فيما ذكرناه وهو سبب ضمان الصيد، وليس بسبب ضمان الأموال بل لابد ههنا من إبطال يد صاحب المال، وذلك لا يحصل بنفس الحفظ بل بالأخذ من يد المالك يحصل، أو بالمنع من يده ولم يوجد في مسألتنا أخذه الولد من يده، وإذا وجد المنع من يده وذلك عند طلبه أوجبنا الضمان.

قالوا: ولا يلزم مسألة حفر البئر، لأن الضمان ضمان تلف لا ضمان

غصب، والتلف قد حصل بسبب مضافٍ إلى فعله وهو عمق المكان. وأمّا في مسألتنا فالغصب لم يوجد على ما سبق.

وأمّا الكلام في الحامل فهو مثل ما ذكرنا في الحائل، لأنه لا يد على الحمل في بطن الأمّ، وإنما يصير محل اليد بعد الانفصال، ولهذا المعنى لا يكون الحمل محل التصرفات التي تبتنى على اليد بحالٍ، وبعد الانفصال لم يوجد فيه غصب على ما سبق فلم يجب ضمانه.

❁ **الجواب:**

أما الطريقة الأولى فقد سبق الجواب عنها.

ويمكن أن يقال حصل الولد في يده بطريقٍ معتادٍ لتحصيل الأولاد في الأيدي فإن إمساك الأمهات سبب معتاد لتحصيل الأولاد فأشبه هذا حفر البئر في التلف.

وخرج على هذا مسألة هبوب الريح بالثوب.

أمّا الطريقة الثانية فقد ذكرناه أن الغصب: هو إثبات اليد على مال الغير بجهة التعدي.

وحرفنا: أن هذا القدر كافٍ[1] في إيجاب الضمان كما سبق من قبل، فإن وجدت إزالة اليد فليس لأنها شرط، لكن لا يمكن إثبات اليد إلّا بإزالة اليد فإن [١٤٨/ب] وجد في موضع إثبات اليد بلا إزالة اليد كان سببًا كافيًا في إيجاب الضمان.

---

(١) في المخطوط: كافي.

وقولهم: «إن الضمان ضمان جبر».

يمكن أن يقال ليس بضمان جبرٍ، بل هو ضمان تعدٍّ[1] فحسب، وقد سبق هذا في المسألة الأولى.

فإن قلنا ضمان جبرٍ، فمعنى «الجبر» هو إقامة القيمة مقام الأصل ليتأدّى بها الواجب في الأصل على ما سبق.

وقد ذكرنا أن الواجب في الأصل هاهنا إيصال الشيء إلى يد مالكه بجهةٍ يزول بها التعدي، وقد أمكن إيجابه بمجرد إثبات اليد فأوجبناه، وحين فات أقمنا القيمة مقامه.

وأمّا قولهم: «إن الغصب فعل يتعدى إلى المالك».

قلنا: التعدي إلى المالك إنما اعتبر ليستقيم إيجاب الضمان له، وقد استقام إيجاب الضمان للمالك بمجرد إثبات اليد على الوجه الذي قلنا فلا معنى لاعتبار التعدي، والتعدي إنما اعتبر لمعنى وذلك المعنى قد جعل بإثبات اليد، وعلى أن يده على محل حق الغير لا تخلو عن التعدي، والاعتماد على الأول.

وقد اعتمد كثير من أصحابنا على منع اليد وقالوا: منع اليد بمنزلة إزالة اليد بدليل مسألة المغرور، ومَنْ سلك هذه الطريقة ينبغي أن يقول الموجب للضمان منع يدٍ بإثبات يدٍ حتى لا يدخل شيء مما قالوه من الإلزامات.

وعذرهم عن المغرور في غاية الضعف، بل ولدُ المغرور حر مطلق

(١) في المخطوط: تعدى.

ولا يتصور تقسيم الحرية فيقال: تثبت في حق شخصٍ دون شخصٍ متى وجد سببها.

وأمّا مسألة الشهادة: فنحن نقول: المشهود بعتقه في حق جميع الناس إلا أنه إذا اشترى حينئذ يعتبر ما زعمه ويشهد به.

والذي قالوا: «إن وجوب الضمان كان بإجماع الصحابة».

قلنا: وإجماع الصحابة كان لما بيّنا من المعنى وهو معنى مخيل لا يترك له.

وعندي أن الاعتماد على الأول أولى، وهو أصل المذهب.

وفي المسألة إلزامات كثيرة، وأعذارهم عنها ضعيفة، أعرضنا عنها، لأن المعنى قد اتجه، وهو معنى برهاني مقنع، وفيه غُنية عن الكل وقد قال بعض أصحابنا:

إن الضمان ثبت في الأصل ثباتًا مؤكّدًا فيسري إلى الولد كالملك وحق الاستيلاد، وقرروا فصل الاستيلاد، لأنه حق مبني على فعل من المستولد، كما أن في مسألتنا الضمان حكم مبني على فعل من الغاصب.

وقد قال المخالفون:

إن الضمان في ذمة الغاصب، ووصف العين بأنها مغصوبة نوع مجازٍ.

ألا ترى أن الضمان يبقى في الذمة مع فوات المحل المضمون ولا يتصور بقاء الملك مع فوات المحل المملوك، وكذلك في حق العتق بالاستيلاد، وإذا



كان الضمان محله ذمة الغاصب فالولد حصل من غير محل الضمان ولم يحصل من محل الضمان فلم تتصور السّراية.

وألزموا على هذا ولد المبيعة، وقد ذكرنا ما هو المعتمد في المسألة ولا يلزم ولد المبيعة على الطريقة، لأن ضمانه ضمان عقدٍ ولا عقد في الولد، وفي مسألتنا الواجب ضمان غصبٍ وقد وجد الغصب في الولد على ما سبق. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَةٌ):

منافع الأموال مضمونة بالغصب عندنا، وسواء في ذلك أتلفها بالاستيفاء أو عطّلها بترك الاستيفاء[1].

وعندهم: لا يضمنها في الموضعين[2].

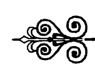
❖ لنا:

أنها أموال مغصوبة أو متلفة فتكون مضمونة.

دليله: الأعيان، وقد نازعوا في ماليتها، ونازعوا في تحقق غصبها

(١) مختصر المزني مع الأم: ٣٨/٣، المهذب: ٤٨٧/١، النكت: ورقة ١٧٤/أ، الحاوي: ١٦٠/٧، روضة الطالبين: ١٣/٥.
وصورة ذلك: إذا غصب عبدًا خبازًا مثلًا، وأمسكه شهرًا، ثم رده إلى المالك: لا يضمن منافع الشهر.

(٢) مختصر القدوري: ٤٤٤/١، الأسرار: ٢٨٧/٢/أ (مراد ملا)، المبسوط: ٧٨/١١، البدائع: ٤٤٠٩/٩، اللباب في شرح الكتاب: ٤٤٤/١، رؤوس المسائل: ٣٥١، إيثار الإنصاف: ٢٥٨.

وإتلافها، فزعم بعضهم: أنها ليست بأموالٍ، لأن المال ما يتموّل وتموّل الشيء صيانته لزمان الحاجة، وهذا لا يتصور في المنافع لأنها إذا حدثت تلفت.

واستدل بعضهم: في أنها ليست بمالٍ بمسائل منها:

* أنه لا يتعلق بها حق غريم ولا وارث حتى لا يعتبر خروجها من الثلث إذا أباح المريض بعض منافع أمواله لإنسانٍ أو أعانه بنفسه في بعض أموره.

* وكذلك إذا كان على المريض دين ليس للغرماء أن يضمّنوا المباح له شيئًا.

* ومنها: أنه لو كان له مال يجري فيه الحول فاستبدل به منافع في الحوانيت أو الخانات ينقطع حول الزكاة، ولو كانت أموالًا لم ينقطع، كما لو استبدل بالأعيان أعيانًا.

* ومنها: أنه لو دفع حانوتًا إلى إنسان ودراهم وقال: اتّجر بهذا الدراهم على هذا الحانوت تكون الدراهم قرضًا ويكون الاتجار على الحانوت إباحة، ولو كانت المنافع أموالًا لوجب أن تستوي الصورتان.

وسلّم بعضهم: أن المنافع أموال، لكن قال: لا يتحقق الغصب فيها، لأنها إذا حدثت تلاشت فلا يتصور غصبها، وهذا لأن الغصب إزالة يد المالك بيد الغاصب، فإذا لم يبق في يد المالك كيف يتصور إزالة يده عنها بإثبات يد الغاصب، وكذلك الإتلاف [١٤٩/أ] لا يتصور، وأيضًا لأن الإتلاف قطع البقاء والمنافع لا تبقى فلم يتصور قطع بقائها.

يبينه: أن الإتلاف حدّه: أن يرد على محلٍ يقبل البقاء لولا الإتلاف فيتلف بالإتلاف، والمنافع تفنى كما توجد فلا تقبل الإتلاف، وهذا لأنه لما كان واجب التلف عند الحدوث فلا يضاف تلفه إلى فعل الغاصب بل يضاف تلفها إلى نفسها، لأنها واجبة التلف فلا يمكن إيجاب ضمانها على أحدٍ.

قالوا: وأمّا العقد إنما جاز شرعًا لحاجة الناس وضرورتهم ولا حاجة إلى تحقيق الغصب.

يبينه: أن الغصب ظلم، والظلم يُمحق لا أنه يُحقق فلا حاجة إلى تحقيق الغُصوب، وقد مسّت الحاجة إلى تحقيق العقود.

قالوا: وفي الإجارة الفاسدة هو عندنا صحيح بأصله فاسد بوصفه فإنما يضمنه من حيث إنه صحيح لا من حيث إنه فاسد.

واعلم أنا نحتاج في هذه المسألة أولًا إلى إثبات المالية للمنافع ثم إذا ثبت احتجنا إلى بيان تحقق غصبها وإتلافها.

فأما إثبات المالية فيمكن أن يقال: إن المال اسم لشيءٍ غير الآدمي خُلِقَ لمصلحة الآدمي، وهذا الحدّ موجود في المنافع، أو يقال: إن المال اسم لما تقوم به التجارة في الأسواق القائمة بين الناس، ومعلوم أن التجارات تقوم بالأعيان تارة، وبالمنافع أخرى.

والأولى من الدليل أن نقول:

إن المالية في الأشياء لا تُعرف إلا بالشَّرع، وقد قامت الدلائل الشرعية في أن المنافع مال، والدليل عليه جواز الاعتياض عنها بالعقود، وهذا لأن

المعاوضات مبادلات أموال بأموالٍ ولا يتصور ورود عقد المعاوضة على ما ليس بمالٍ.

يدل عليه: أن المنفعة تصلح أن تكون صداقًا، والصداق يختص ثبوته بالمال بدليل قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[1].

فنص على أن الابتغاء يكون بالمال.

ويدل عليه: أن العبد المأذون يملك عقد الإجارة في أمواله، ولولا أنه من التجارة لم يملكه، لأن المأذون في التجارة لا يملك إلا التجارة، وإذا كان من التجارة دلّ أن المنافع مال، لأن التجارة مبادلة مالٍ بمالٍ لطلب الربح.

ويدل عليه: أن الحيوان لا يثبت في الذمة بدلًا عن المنافع ولو كانت غير مال لثبت كما يثبت الحيوان في الذمة عندهم بدلًا عن النكاح، والخلع والكتابة، وهذا إلزام معتمد، وأحسن الدليل هو التمسك بالعقد.

وإن زعموا أنها لم تكن مالًا وصارت مالًا بالعقد، فهذا محال، لأن غير المال لا يصير مالًا بالعقد كالخمر والميتة والدم.

وأما دليلهم الأول قولهم: «إن المال ما يتموّل».

قلنا: لا، بل المال ما جعله الشرع مالًا، ثم التموّل موجود في المنافع حسب ما يوجد في الأعيان.

يبينه: أن تقوّم الأعيان بالمنافع فيستحيل أن تقوّم غيرها ولا تكون لها

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.

قيمة في نفسها، والاعتماد على ما سبق.

وأمّا المسائل التي تعلقوا بها:

أما الأولى: فقد منعها بعض أصحابنا وقال: يعتبر من الثلث، وإن سلمنا فإنما لا تعتبر من الثلث، لأنها لو اعتبر اعتبر لحق الورثة وهي لا تبقى للورثة بعد الموت حتى يتعلق بها حقهم قبل الموت، فلهذا كان من رأس المال.

وأمّا المسألة الثانية: فإنما انقطع الحول، لأن المنافع ليست بمال الزكاة، وإنما لم تكن مال الزكاة، لأن محل الزكاة عرف بالشرع، والله تعالى جعل محل الزكاة الأعيان، فلو صارت المنافع محل الزكاة لكان بالقياس عليها ولا مدخل للقياس في محل الزكاة كما لا مدخل له في أصل الزكاة.

وأمّا المسألة الثالثة: لا نسلّمها، ونقول: إذا حكمنا بأن الدراهم تكون قرضًا نحكم بأن الحانوت تكون له بأجرة، ثم إذا ثبت لنا أن المنافع أموال فنقول في تحقيق الغصب: إن الغصب إثبات اليد على الشيء على سبيل العدوان، وهي ثابتة على المنافع، لأن اليد تثبت على كل شيء بقدر الإمكان، وقدر الإمكان في المنافع هو: أن يكون الشيء المنتفع به في يده حتى إذا حدثت المنافع حدثت في يده، ولأن اليد تثبت على المنافع عقدًا فتثبت غصبًا كالأعيان.

وأمّا تحقق الإتلاف بالاستيفاء، فإن الاستيفاء إعدام المنافع والإعدام إتلاف.

يبينه: أن المستوفي للمنافع مسبب لوجودها وتلفها بعد الوجود فيضاف

إليه وجودًا وتلفًا، كما يضاف إتلاف العين إلى المسبب لإتلافه.

وعلى هذا سقط قولهم: «إن الغصب لا يتحقق في المنافع».

لأنا قد حققناه، وكذلك الإتلاف.

يبينه: أن الأعيان لا يوجد من الإنسان إعدامُها حقيقة، لأن إعدامَ الأعيان لا يدخل في قدرة العباد، وإنما يقدر عليه الرب تعالى، وغاية ما [١٤٩/ب] يفعله البشر التسبب إلى إعدامها، ويُعدّ ذلك إتلافًا، كذلك في المنافع.

وأمّا عذرهم عن العقد بالحاجة.

قلنا: نُلزمكم الإجارة الفاسدة ولا حاجة في هذه الصورة.

فأما قولهم: «إن الفاسد صحيح بأصله فاسد بوضعه».

قلنا: الإلزام على اعتبار الحاجة والإجارة الفاسدة، وإن قالوا: إنها صحيحة من وجهٍ لا من وجهٍ فلا تتصور حاجة إليها، لاندفاع الحاجة بالصحيح منها.

وعلى أن الحاجة ماسة ههنا لتحقق الغصب لوجود الحاجة إلى حفظ حقوق الناس، والمنافع حق المغصوب منه، وفي تضمينها حفظها على صاحبها.

وقولهم: «إن العدوان يُمحق لا أنه يُحقق».

قلنا: العدوان قد تحقق بأخذ العين واستيفاء منافعها بغير إذن المالك إلا أنكم تقولون: هذا العدوان ليس بغصبٍ فنحن نثبت صفة الغصبية بهذا العدوان لحاجة الحفظ لحقوق الناس.

والحرف: أن في نفي صفة الغصب إبطال حق المغصوب منه.

فإن قالوا: إن العدوان يُنفى بالتعزير والتأديب، والحق يحفظ بإيجاب الثواب له في الآخرة، وهذا لأنا نؤخر حقه إلى الآخرة لا أنا نبطل حقه، وربما يكون حاجته إلى حقه في الآخرة أكثر من حاجته إليه في الدنيا.

۞ الجواب:

إن التأخير إلى الآخرة إبطال في الدنيا، والضمان واجب لئلا يبطل حقه في الدنيا، وهذا لأن حقه ثابت في الدنيا فوجب أن يحفظ في الدنيا.

يدل عليه: أن التأخير إلى الآخرة إغراء الظلمة على أموال الناس، وهل يرتدع ظالم بمثل هذا إلّا على الأفراد؟.

ويقال لهم أيضًا: لا تعزّروه أيضًا بغصبه وأخّروا أمره إلى الآخرة، لأنه إذا جاز أن يؤخر أصل الحق إلى الآخرة جاز أن يؤخر الردع وَيُحال على عذاب الآخرة.

فدل أن التعلق بأمثال هذا هذيان عظيم لا يعتمد عليه فقيه.

۞ وأمّا حجّتهم:

بعد الطريقين اللذين قدمناهما وأجبنا عنهما: أن ضمان العدوان مقيد بالمثل نصًّا ومعقولًا على ما عرف، وليس بين المنافع والأعيان مماثلة، فلا يجوز إيجاب الدراهم التي هي الأعيان بل أعزّ الأعيان بدلًا عنها.

والدليل على أنه لا مماثلة: أن المنافع أعراض تتلاشى كما تحدث ولا

تقبل البقاء، والأعيان باقية قابلة للبقاء وما يبقى خير مما يفني، ولأن الجواهر قائمة بذواتها والأعراض قائمة بالأعيان، وما يقوم بالشيء يكون تابعًا له ولا مماثلة بين التابع والمتبوع.

وحرفهم: أن التبع قط لا يماثل أصله، وما يفنى في الحال قط لا يكون مثلًا لما يبقى الأزمنة الطويلة.

يدل عليه: أن الضمان للجبر، والأصل كيف ينجبر بفرعه؟ هذا محال، والأعيان كيف تجبر الأعراض، فهذا غير معقول، ولأن المنافع لا تضمن بالمنافع لعدم المماثلة من كل وجهٍ وإن وُجِدَ التماثل في أصل الشيء فإن كل واحدٍ منهما منفعة فلئن لا يضمن بالدراهم والدنانير وقد عدم التماثل من كل وجهٍ أولى.

قالوا: ولا يلزم منافع البُضع حيث تضمن بالدراهم، لأن منافع البُضع قد التحقت بالأعيان بخلاف القياس تعظيمًا لها على ما عرف بخلاف منافع سائر البدن.

ولا يلزم إذا ضرب رأس إنسان فأصمّه أو أعماه حيث تجب الدية والفائت هو المنفعة، لأن في هذه المسألة لا يجب الأرش بتفويت المنفعة، وإنما يجب باستهلاك العضو؛ لأن بقاء العضو بحياته كما أن بقاء النفس بحياتها، وحياة العين البصر، وحياة الأذن هو السمع فيكون العَمَى هلاك البصر، والصَّمَم هلاك الأذن.

وربما يقولون: إن الأعضاء تعرف قائمة بكونها صالحة للانتفاع بها

وتصير مستهلكة بخروجها من أن تكون صالحة للانتفاع بها، كما في الذات.

قالوا: ولا يلزم إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد حيث يضمنه الدراهم والدنانير، وإن كان بقاء هذا فوق بقاء ما أتلفه، لأن كل واحد منهما قابل للبقاء إلا أن بقاء أحدهما أكثر فقد تساويا في أصل البقاء، وإنما وجدت التفاوت هناك في مقدار البقاء.

وأمّا هاهنا التفاوت في أصل البقاء فمنع الضمان، لأن ما يفنى لا يماثل ما يبقى، وهذا لأن المماثلة إنما تعتبر حالة المقابلة، وحالة المقابلة حال وجوب الضمان، وفي حال وجوب الضمان كل واحد منهما موصوف بالبقاء فاستويا فتفاوتهما في البقاء بعد ذلك لا يمنع وجوب الضمان.

وأمّا ههنا حال مقابلة الضمان بالمضمون لا مساواة بينهما فلم يجز إيجاب الضمان.

قالوا: ولا يلزم الأب والوصي إذا استأجرا شيئًا للصغير حيث يجوز ولو كان بينهما تفاوت لم يجز، لأنه لا يجوز له أن يبدل الأجود بالأدنى، كما لا يجوز أن يبدل [١٥٠/أ] الجيد بالرديء، لأن في هذه الصورة إنما جاز لحاجة الصبي، ويجوز صرف مال الصبي إلى ما هو من حوائج الصبي وإن كان لا يحصل للصبي مال كما في النكاح، وكما في تعليم القرآن والأدب، ولئن يجوز ههنا أولى.

قالوا: ولا يلزم ضمان العقد، لأنه غير مبني على المماثلة، ألا ترى أنه يجوز أن يقابل الكثير بالقليل والجيد بالرديء بخلاف ضمان العدوان فإنه




مقيد بالمثل.

قالوا: وأمّا الإجارة الفاسدة، فالبدل فيه إنما يجب من حيث إنه مشروع لا من حيث إنه عدوان، كما أن المبدل عندنا إنما يملك بالقبض في البيع الفاسد من حيث إنه مشروع، وإذا كان وجوب الضمان في الإجارة الفاسدة من حيث إنه مشروع كان مُلحقًا بالصحيح، وقد بيّنا أن ضمان العقد غير مبني على المماثلة، إنما ضمان العدوان مبني على المماثلة إلّا أنه لضعف العقد لم يجب المسمّى فوجب ضمان نفسه وذلك هو القيمة إلّا أنه لا قيمة بدون العقد، والعقد قد انعقد وإن كان فاسدًا على ما عرف من مذهبنا فلم يكن بد من إيجاب عوض المنفعة والعقد ضعيف فلم يمكن إيجاب المسمّى به فأوجبنا أقل البدلين فإن كان المسمّى أقل أوجبنا ذلك، لأن التسمية متناولة له وإن كانت الأجرة التي يتعارفه الناس لذلك وهي أجرة المثل بطريق المجاز أقل أوجبنا لئلا يخلو عن عوضٍ بعد انعقاد العقد الموجب للعوض فنوجب ما تيقنا به، ونطرح ما شككنا فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في اعتبار هذا التفاوت إبطال حق المالك؛ لأن حقه لا يبطل بل يتأخر إلى الآخرة، وكم من الحقوق يتأخر إلى الآخرة نحو الشَّتم والأذى! فلا يكون في التأخير إلى الآخرة إبطال حقه بل يكون مُعَدًا له إلى أن يصل إلى دار الجزاء.

فأما إذا قضينا على الغاصب بضمان فوق ما أتلف بطل حقه أصلًا لأنه يكون مستحقًّا عليه بقضاء القاضي، وما يستحق على الإنسان بقضاء القاضي الذي هو حجة الشرع لا يصل إليه في الدنيا ولا في الآخرة، فكان التأخير




أهون من الإبطال.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الغاصب ظالم، واعتبار جانب المظلوم أولى من اعتبار جانب الظالم، وذلك لأن حق الغاصب فيما وراء ظلمه محترم معصوم ولا يجوز تفويته، وإنما يجوز استيفاء الضمان على طريق الانتصاف فلا يترجح جانب المغصوب منه على جانبه فيما وراء ظلمه.

وقد استدل مشايخهم في المسألة: بحبس الحر حيث لا يضمن الحابس منفعته، وحبس الجارية لا تضمن منفعة بضعها، وسنجيب عنهما.

۞ الجواب:

إنهم إذا سلموا المالية في المنافع وثبت تحقق الغصب والإتلاف بالوجه الذي قدمنا لم يبق لهم في المسألة متمسك.

والذي ادّعوا من عدم المماثلة إن عَنَوا فيما وراء المالية فمسلم، وإن عَنَوا في المالية فلا نسلم، لأن الأعيان والمنافع وإن اختلفتا في كل شيء ففي المالية واحد، لأن المالية تعرف بالتقويم.

والمسألة مصورة فيما إذا قوّمت منافع الحانوت أو الدار بعشرة فإذا قوّمت بعشرة فلا بد أن توجد المماثلة بين المقوّم وبين القيمة مالية، إذ المماثلة ماليةً لا يعرف إلّا مثل هذا، وإذا ثبت هذا فلا يبقى التفاوت بعد ذلك إلّا مثال التفاوت في الصورة، وذلك غير معتبر مثل التفاوت في صورة السلع وصورة الدراهم والدنانير.

فإن قالوا: لا صورة للمنافع.

قلنا: لا ندّعي أن لها صورة لكن نقول إذا ثبت المماثلة ماليةً فلا ينظر: إلى التفاوت فيما سوى ذلك كما لا ينظر: إلى التفاوت صورةً في الأعيان، وهذا لأن المنافع وإن تلاشت إذا وجدت فإنها تتلاشى وتنعدم إلى وجود أمثالها، فصار الوجود مستدامًا من حيث المعنى، فإنا نعلم قطعًا إن الدار المتهيئة للسكنى لها منفعة مستدامة باقية، وكذلك الثوب الصالح للبس، والدابة الصالحة للركوب، ومعنى الاستدامة والبقاء: هو ما بيّنا أن المنافع وإن تلاشت وفنيت بعد الوجود يكون عدمها إلى وجود أمثالها فأشبهت الأعيان الباقية بذواتها من هذا الوجه، وهذا كما أن الأرض وما فيها يساوي في الوجود السماء وما[1] فيها إلى أن تنتهي مدتهما، وإن كان ما في الأرض يوجد ويفنى، وما في السماء مستدام بقاؤه لأن ما في الأرض من الموجودات وإن كان يوجد ويفنى ولكن إلى موجودات أمثالها، فجعل [١٥٠/ب] كالموجود المستدام، وأمّا مسألة الإتلاف فيما يتسارع إليه الفاسد، فلازمة.

وقولهم: «إن البقاء في الحال موجود لهما».

قلنا: بلى، ولكن أحدهما أبقى فإذا اعتبرتم التفاوت في أصل البقاء فاعتبروا التفاوت من حيث الأبقى، كالجيد والأجود.

وكذلك ضمان المنفعة في الإجارة الفاسدة، لازم.

ووجه اللزوم: إنهم اعتبروا أجر المثل حتى إذا كان المسمّى عشرة وأجر المثل خمسة يجب خمسة، واعتبار أجرة المثل بلا مماثلة محال.

وأمّا تعلقهم بحبس الحر، فليس بشيء، لأن منافع الحر في يده كَبَنَانِهِ

(١) زيادة يقتضيها النص.

يكون في يده، وما يضمن باليد لابد من ثبوت يد الضامن عليه حتى يضمنه بخلاف المنافع في مسألتنا فإنها في يد الغاصب، كما أن أصل الشيء في يد الغاصب منافعه أيضًا تكون في يده كالمالك لما كانت العين في يده كانت المنافع في يده أيضًا، فأما إذا يسخره لعملٍ فإنما يضمن، لأنه إتلاف، وفي الإتلاف لا تعتبر اليد.

فإن قالوا: أليس تثبت اليد عقدًا على منافع الحر؟.

قلنا: لا، إنما هي استحقاق مجرد العمل بلا ثبوت يد.

وأمّا مسألة منافع بضع الجارية فلأنها ليست في يد الغاصب أيضًا.

وقد بيّنا في مسألة الخلوة أن منافع البضع شيء في الباطن لا يتوصل إليها إلا بآلةٍ مخصوصةٍ فلا يتصور فيها الاستيفاء إلا بتلك الآلة، فأمّا ثبوت اليد عليها من قبل فمحال، وهو نظير الروح على ما ذكرنا في تلك المسألة.

ولهذا يملك المغصوب منه العقد على منافع بضع الجارية المغصوبة بالتزويج، ولا يملك العقد على منافع سائر الأعضاء بالإجارة ولأن منافع البضع لا تملك ملك الأموال بدليل أنها لا تورث ولا تنقل إلى الغير عقدًا فلا تضمن أيضًا ضمان الأموال، وليس كسائر المنافع، لأنها تملك ملك الأموال فتضمن ضمان الأموال، ونعني بضمان الأموال ضمان الغُصوب، لأنها ضمان الأيدي. وضمان الأيدي مُشَبَّهٌ[1] بالأموال، والله أعلم بالصواب.

(١) مشتبه في الأصل، ولعل الصواب ما أثبت.

❋ **(مَسْألة)**:

إذا استكره امرأةً على الزنا، وَجَبَ الحدّ عليه لله تعالى، والمهر لها عندنا[١].

وعندهم: لا يجب المهر[٢].

والمسألة بناء على أن المنافع مضمونة بالإتلاف بدليل ما بيّنا في المسألة الأولى، ومنافع البُضع متقوّمة بدليل تقومها بالعقد، ولا يتصور أن يُضمن بالعقد ما لا يكون متقوّمًا بنفسه، وقد ذكرنا دليل تقوّمها في كتاب النكاح، وإذا كانت متقوّمة فيضمن بالإتلاف.

دليله: الأعيان.

يبينه: أنه بالوطء اعترض على حقين: على حق الله تعالى بارتكابه النهي، وعلى حق الآدمي وهو المرأة بإتلافه منافع بُضعها، فيجب الحدّ لله تعالى، ويجب المهر لها، مثل ما لو قتل إنسانًا خطأ تجب الدية للآدمي والكفارة لله تعالى.

۞ **وأمّا حجّتهم**:

أمّا مشايخهم قالوا: إتلاف منفعة تمحض تعديًا فلا يوجب الضمان، كما لو زنى بها وهي مطاوعة؛ ولأن الوطء فعل واحد، وقد أوجب الحدّ فلا

---

(١) الأم: ٣/٢٣٠، مختصر المزني مع الحاوي: ٧/١٦٣، النكت: ورقة ١٧٤/ب، الحاوي: ٧/١٦٣.

(٢) الأسرار: ٢/٢٨٩/أ (مراد ملا)، كنز الدقائق مع البحر: ٥/٢٠، تبيين الحقائق: ٣/١٧٨.




يوجب المال؛ وهذا لأن ما يندرئ بالشبهة، وما يثبت مع الشبهة لا يجوز وجوبها بفعل واحدٍ للضدية التي في الواجبين.

قالوا: ولا يجوز أن يعتذر عن ما إذا كانت مطاوعة بوجود الرضا منها؛ لأنا نصور إذا كانت ساكتة، والسكوت لا يكون رضا في الإتلاف.

دليله: إذا قطع يد إنسان وهو ساكت لا يكون رضا حتى إنه يطالب بالأرش وأيضًا لو شرطت مالًا على الواطئ لا يجب المهر، وإن لم ترض باستيفاء منفعة بُضعها مجانًا، وإن كان السقوط بالرضا وجب أن ينظر: إلى كيفية الرضا.

قالوا: وهذا لأن الرضا بالسبب الموجب للمهر لا يوجب سقوط المهر بدليل الموطوءة بالشبهة والمفوضة يجب لها الصداق وإن وجد الرضا الذي يوجد هاهنا، وهو السكوت أو الدعاء إلى الوطء.

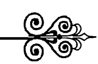
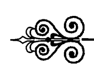
وأمّا أبو زيد[1] بنى هذه المسألة على أصلٍ وهو أن منفعة البُضع غير متقوّمة؛ لأن المماثلة من شرط الضمان الواجب بالإتلاف، ولا مماثلة بين منافع البُضع والمهر؛ لأن منافع البُضع ليست بمالٍ، والمهر مال، ولا مماثلة بين المال وبين غير المال.

إلا أنا أوجبنا المهر بالعقد، وشبهة العقد بالنص؛ ولأنا لو لم نوجب أدّى إلى إهانة البُضع وإسقاط خطره فوجب الضمان لصيانته عن الهدر.

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ فوقعت صيانته عن الهدر فذهبت الحاجة

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/٢٨٩/أ (مراد ملا).

إلى صيانته بإيجاب المال فرجع إلى الأصل وهو أنها غير متقوّمة فلا يجب بإتلافها شيء، وهو كالدم على أصولهم [١٥١/أ] على ما عرف في مسائل القصاص.

۞ الجواب:

أمّا الأول: فتعلق بمجرد صورة ولئن صارت تلك الصورة دليلًا على حكمٍ، فالأولى أن يعتبر دليلًا على إيجاب المهر؛ لأن الإتلاف بعدوانٍ آكدُ الأسباب في جملة الأحكام.

وأمّا إذا كانت مطاوعة فالسبب المسقط للمهر رضاها باستيفاء منفعة البُضع.

ووجه وجود الرضا هو التمكين، فإن التمكين دليل الرضا في النِّساء بل هو حقيقة الرضا، ولا شيء من النِّساء فوق هذا، وقد وجد سواء كانت ساكتة أو مستدعية.

وأمّا قولهم: «إذا شرطت المال».

قلنا: شرط المال باطل؛ لأنه شرط في غير محله فصار كالعدم وبقى الوطء مع وجود التمكين فأشبه الحال إذا لم تكن شرطت المال.

وأمّا قولهم: «إن سبب وجوب المهر إذا وجد لم يسقط بالرضا».

قلنا: إذا خلص وجوبه لحقها فيسقط برضاها؛ لأنها من أهل الإسقاط والرضا دليل الإسقاط، وليس كالمفوضة والموطوءة بالشبهة؛ لأن المهر

وجب هناك لحق الله تعالى وحقها، فإن البُضع قد تعلق به حكم الله تعالى على ما عرف، فإذا وجب حقًا لله تعالى وحقًا لها لم يسقط برضاها.

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ لحق الله تعالى فخلص المهر لها فيسقط برضاها.

وأمّا الذي قالوا: إنه قد وجب الحدّ الذي يندرئ بالشبهة فلا يجب المهر الذي يجب مع الشبهة.

فهذا كلام جاهل؛ لأن المهر لم يجب لاعتبار الشبهة عندنا حتى يكون عدمها مانعًا من وجوبها، وإنما وجب باعتبار وجود الإتلاف سواء اتصل به الشبهة أو لم تتصل به الشبهة، وأمّا الحدّ وجب بالإتلاف لكن بوصف خلوّه عن الشبهة.

فإذا ثبت هذا فإذا وطئ بالشبهة وجب المهر ولم يجب الحدّ؛ لأن الموجب للحدّ لم يوجد، فإذا وطئ الوطء الذي هو زنا قد وجد الموجب للحدّ على ما بيّنا، والموجب للمهر على ما بينّا، فاجتمع وجوبهما، ولم يكن عدم الشبهة مانعًا من وجوب المهر؛ لما بينّا أنه لم يتعلق بالشبهة حتى يكون عدمها مانعًا.

وأمّا التعلق بالفعل الواحد، فباطل؛ لأن الفعل الواحد إذا اشتمل على معنيين يجوز أن يتعلق به واجبان كما سبق.

وأمّا طريقة أبي زيد فقد ذكرنا أن منفعة البُضع متقومة.

وأمّا قولهم: «إن المال لا يماثل غير المال».




قلنا: المعتبر هو المماثلة بقدر الإمكان وقد وجد؛ لأن كل واحدٍ من منفعة البُضع والمال، معصوم متقوم منتفع به، وكذلك نقول في الدم: إنه متقوم بالمال لوجود المماثلة بقدر الإمكان وقد بينا هذا في مسألة موجب العمد[1].

وأمّا المماثلة من كل الوجوه ليست بشرطٍ بدليل الثياب والدّواب مع الدراهم والدنانير.

فإن قالوا: «لابد من كونهما مالين».

قلنا: وَلِمَ؟ بل ما ذكرناه كافٍ[2]، وعلى أنه إذا ثبت وجود العصمة والتقوم في منافع البُضع وجبت قيمتها وضمانها ثم ضمانها بما يضمن به سائر الأشياء وذلك المال، كما لو قَتَل حرًّا يجب المال بهذا الطريق، والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

العقارات تضمن بالغصوب عندنا[3].

وهو قول محمد بن الحسن[4].

(١) ينظر: ٤/٦٢ من هذا الكتاب.

(٢) في المخطوط: كافي.

(٣) الحاوي: ٧/١٦٦، المهذب: ١/٤٨٨، النكت: ورقة ١٧٥/أ، روضة الطالبين: ٥/٨.

(٤) الأسرار: ٢/٢٨٦/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١١٨، مختصر القدوري: ١/٤٣٨، المبسوط: ١١/٧٣، البدائع: ٩/٤٤١٠. وهو قول أبي يوسف الأول، إيثار الإنصاف: ٢٥٩.=




وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تضمن(١).

❁ **لنا:**

أنها مغصوبة فتكون مضمونة.

والدليل على تحقق الغصب فيها الخبر وهو قوله ﷺ: «مَنْ غصب شبرًا من أرضٍ طوقه من سبع أرضين يوم القيامة»(٢).

وظاهر اللفظ على حقيقته إلى أن يقوم دليل المجاز.

والمعتمد من المعنى هو: أن الأراضي محل ثبوت اليد، فإن منعوا فالدليل عليها: أنها محل الملك، فتكون محل يد الملك؛ وهذا لأن الأملاك إنما تراد لمقاصد فيها، وتلك المقاصد لا يوصل إليها إلا بالأيدي فيها.

ويدل عليه: أن الأيدي المبتنية على العقود ثابتة فيها مثل يد البيع الصحيح والفاسد، ويد الرهن والهبة وغير ذلك.

فإن زعموا وقالوا: إن اليد الحسيّة لا تتصور في الأراضي، وإنما تتصور اليد الحكمية، وفي الصور التي قلتم إنما تثبت الأيدي الحكمية دون الأيدي

= وهو قول مالك وأحمد.

ينظر: المغني: ٧/٣٦٤.

(١) الأسرار: ٢/٢٨٦أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١١٨، مختصر القدوري: ١/٤٣٨، المبسوط: ١١/٧٣، البدائع: ٩/٤٤١٠، رؤوس المسائل: ٣٥٤، وهو قول أبي يوسف الأخير، إيثار الإنصاف: ٢٥٩.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٥/١٠٣ مع الفتح باب أثم من ظلم شيئًا من الأرض، بلفظ (مَنْ ظلم)، ومسلم في صحيحه مع النووي ١١/٤٨ كتاب المساقاة باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها بلفظ «من اقتطع....»

الحسيّة، وإنما أثبتنا اليد الحكمية لضرورات وحاجاتٍ، وأمّا اليد في مسألتنا فلا حاجة ولا ضرورة في إثباتها فرجعنا إلى الأصل المعقول، والمعقول الأصلي: أن اليد لا تتصور على الأراضي.

والجواب:

إن اليد الحسيّة متصورة؛ وذلك لأن اليد الحسيّة في كل شيء على حسب الإمكان، ألا ترى أن أكثر المنقولات لا يتصور الاشتمال [١٥١/ب] عليها بالبراجم[١] من الدواب والجواري، والغلمان، والأشياء الثقيلة، وإنما يتصور الاشتمال بالبراجم في أشياء معدودة، وقد ثبتت اليد في الكل بالاتفاق فصارت اليد الحسّية ثابتة بأحد وجهين:

إمّا الاشتمال على الشيء بالبراجم، أو التمكن من الشيء حفظًا وتصرفًا وانتفاعًا، وإن شئت عبرت عن هذا فقلت: الاستيلاء على الشيء بأقصى الوسع، وهو الذي قلناه من التمكن، فثبتت اليد الحسيّة من هذا الوجه.

وأمّا أيدي الأملاك والعقود لازمة.

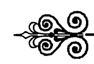
وقولهم: «إن تلك الأيدي أيدٍ حكمية».

قلنا: لا، بل الثابت أيدي حسيّة، وعلى أن الشيء إنما يقدر حكمًا إذا تصور حسًّا، وأمّا إذا لم يتصور حسًّا فلا يقدر حكمًا.

ونستدل أيضًا بثبوت اليد الحسيّة على الأراضي باستيلاء المسلمين

---

(١) رؤوس السلاميات من ظهر الكف إذا قبض الشخص كفه نشزت وارتفعت.
ينظر: المصباح مادة (البراجم).

على أراضي الكفار، فإنها تملك باستيلائهم عليها وليس الاستيلاء إلا إثبات الأيدي.

والمعتمد ما ذكرنا من الحقيقة.

وإذا ثبت أن اليد تثبت على الأراضي فنقول حدّ الغصب: إثبات اليد على وجه العدوان، وقد حصل في العقار فجعل مضمونًا بوجود سببه.

۞ وأمّا حجّتهم:

ادّعوا عدم تحقق الغصب في العقار فلا يصير مضمونًا ضمان الغصب؛ لأن ضمان الغصب لا يجب إلا بالغصب.

والدليل على عدم تحققه أن حدّ الغصب: إزالة يد المالك بإثبات يد نفسه على ما سبق في مسألة ولد المغصوبة، وإزالة يد المالك لا توجد في العقار إلا بمنع المالك منه وتبعيده.

فأمّا بنفس إثبات اليد لا تزول يد المالك؛ لأن نهاية ما يوجد من الغاصب في العقار من إثبات اليد هو زراعته الأرض أو سكناه الدار، وبهذا لا تزول يد المالك؛ لأن الغاصب إن زرع من جانبٍ فالمغصوب منه يزرع من جانبٍ آخر، وإن سكن الدار من جانبٍ فالمالك يسكن من جانبٍ آخر.

فدل أنه لا توجد إزالة يده إلّا بمنعه من العقار وتبيعده عنه، ومنع المالك وتبعيده عنه ليس من فعل الغصب في شيء؛ لأن الغصب فعل في المال المغصوب؛ لأن مال المغصوب محل حكمه وهو الضمان فيكون محل فعله أيضًا ليتّحد محل السبب وحكمه مثل سائر الأسباب وأحكامها.

وأمّا التبعيد والمنع فعل في المالك فلا يكون من الغصب فجعلت إزالة يد المالك بفعل ليس بغصبٍ وإذا كان الغصب لا يوجد إلّا بإزالة يد المالك ولم يوجد بفعل الغصب إزالة يد المالك لم يجب الضمان المتعلق بالغصب، هذا غاية تحقيقهم في المسألة.

قالوا: وهذا بخلاف المنقول؛ لأن إزالة يد المالك يحصل بفعل الغصب وهو أخذ المنقول ونقله.

قالوا: وأمّا الأيدي في العقود تثبت شرعًا على ما سبق.

يبينه: أن ضمان العقود ضمان التزام، وصورة الالتزام توجد في العقار والمنقول على وجهٍ واحد.

وأمّا في مسألتنا فضمان فعل حسّي، وقد بينّا حدّه وعدم وجوده.

قالوا: ولا يلزم إذا جحد الوديعة؛ لأن إزالة اليد قد وُجد هناك بطريق المعنى؛ لأن قصر اليد وُجد على ما ذكرنا وقصر اليد بمنزلة الإزالة لليد.

قالوا: ولا يلزم إذا ركب دابّة وتلفت تحته من غير تسيير؛ لأن الضمان هناك ضمان إتلاف لا ضمان غصبٍ، ولهذا المعنى لو ركب حرًّا وتلف تحته يضمن.

والكلام في ضمان الغصب لا في ضمان الإتلاف.

وكذلك الضمان الواجب بالشهادة الباطلة هو ضمان إتلاف، والمراد من الإتلاف: إتلاف الملك.




ولهذا المعنى قلنا: إذا شهد الشهود بالأرض التي في يد إنسان ثم رجعوا ضمنوا.

قالوا: ولا يلزم المسألة التي ذكرناها في الزيادة وهي: أنه لو وَهَبَ دارًا لإنسان فيها طعام كثير وسلّم إلى الموهوب له فلم ينقله حتى تلف في يده فاستحقه إنسان فإنه يضمن الموهوب له ما تلف في يده من الطعام وإن لم ينقله؛ لأن هذه المسألة على قول محمد لا على قول أبي حنيفة، وعلى أن يد الواهب تثبت بالنقل وقد جعلها الواهب للموهوب له فصار كأنها حصلت بنقل من جهته.

وأكثر هذه المسائل مذكورة للتخريج على الجواب المذكور الذي ذكروه عن المنقول.

وقد تعلق كثير منهم بعدم ثبوت اليد الحسيّة على العقار.

واستدلوا عليه بعدم تصوّر النقل وقالوا: الشيء إذا وجد في محلٍ لا يتصوّر في محل آخر إلّا بنقله عن المحل الأول إلى المحل الثاني، بدليل الدّرة في كف إنسان لا يتصوّر وجودها في كف آخر إلّا بالنقل والعقار [١٥٢/أ] لا ينقل ولا يحول ولا يد حسًّا عليه.

قالوا: وأيدي العقود أيدٍ شرعية، وقد مسّت الحاجة إلى إثبات تلك الأيدي، فأثبتها الشرع لوجود الحاجة، ولا حاجة إلى إثبات اليد للغاصب على العقار؛ لأنها يد عدوانٍ، وسبيل يد العدوان أن تمحق لا أن تحقق.

وقد ذكرنا مثل هذا في المسألة الأولى.

قالوا أيضًا: يجوز أن تثبت يد العقد بما لا تثبت به يد الغصب بدليل مسألة التخلية، وذكروا المسألة المعروفة وهي: أن مَنْ اشترى شيئًا وخَلّى البائع بينه وبين الشيء يصير المشتري قابضًا، ولو استحقه إنسان وقد تلف في يد المشتري ليس للمستحق أن يضمنه ولم تثبت بالتخلية يد الغصب.

واستدل مشايخهم بمسألة وقالوا: لو دخل دار إنسان بغير إذنه لينظر: إلى جدرانها فانهدمت الدار عقيب دخوله لا ضمان عليه، وبمثله في المنقول: لو لبس ثوب إنسان لينظر: هل يصلح عليه أم لا من غير إذنه؟ فهلك يكون الضمان واجبًا عليه.

وبعضهم عبّر عن هذا وقال: لو كان العقار يضمن بالاستيلاء لكان يضمن بأول أسباب الاستيلاء كالمنقول، وذكروا هذه المسألة المذكورة.

❁ **الجواب:**

أنا قد ذكرنا بيان وجود الغصب.

أمّا قولهم: «إن حدّ الغصب: أخذ يزيل يد المالك بإثبات يده».

لا نسلم، بل الغصب مجرد إثبات اليد، وقد سبق بيان هذا في المسألة المتقدمة بما فيه الكفاية.

فإن رجعوا إلى قولهم: «إن اليد الحسيّة لا تثبت على العقار».

قد بينّا ثبوتها والإلزام بيد العقد متوجهة.

وما ذكروه من قولهم: «إن ثبوتها للحاجة».

يبطل باليد في البيع الفاسد تثبت ولا حاجة، فإن الغُنية قد وقعت بالعقود الصحيحة عن العقود الفاسدة قطعًا، وكيف يمكن إثبات حاجة في البيع الفاسد والبائع منهي عن تسليم الشيء إلى المشتري والمشتري مأمور بعد القبض بالرد على البائع؟ وعلى أن ههنا تمس الحاجة أيضًا إلى تحقيق اليد لحفظ حقوق الناس وأموالهم على ما سبق.

وأمّا مسألة التخلية: فلا نسلمها على أحد الوجهين.

وبيان المنع: أنا لو جعلنا التخلية قبضًا في حق المشتري جعلناها قبضًا في حق المستحق، وإلّا فلا نجعلها قبضًا في حق أحدٍ.

ولئن سلمنا لهم أن حدّ الغصب ما قالوه، فإزالة يد المالك قد وجد؛ لأن يد الغاصب إذا ثبتت على كل العقار فلابد من زوال يد المالك.

وقولهم: «إن زوال يده بمنعه».

قلنا: لا، بل منعه بإثبات يده، وعلى أن منع المالك المتصل بإثبات اليد على الشيء عندنا غصب.

وخرّج على هذا حبس الحر ومنعه عن أملاكه.

والمعتمد من الجواب على هذا: التسليم إن فعله وإن وجد في المالك ولكن لتتميم الغصب، وما يَتَمّ به الغصب يكون من الغصب.

ألا ترى أن جحود الوديعة ليس بفعل في المال الذي في يده المودع.

ولكن لما حصل به قصر يده وجب به الضمان.

ومعلوم أن الغصب وإن كان فعلًا في المحل فلابد من فعل يوجد، ولا يتصوّر أن يكون القول غصبًا ثم القول الذي يحصل به قصر يده يجب به الضمان، فالفعل الذي يحصل به إزالة يده وإن كان في المالك؛ لأن يوجب الضمان أولى.

وأمّا المسألة التي تعلقوا بها أخيرًا وهي مسألة دخول دار الغير.

قلنا: إن دخل بقصد الاستيلاء يضمن.

فإن قالوا: لِمَ اعتبرتم به القصد؟

قلنا: لأن صورة الدخول قد تكون استيلاءً، وقد تكون غيره.

ويجوز أن يعتبر القصد في مثل هذا كَمَنْ نصب شبكة في الصحراء فتعقل بها صيدٌ إن قصد بذلك تملّك الصيد يملك وإن لم يقصد لم يملك، وكذلك إغلاق الباب على الطير.

وأمّا لبس ثوب الغير فالضمان هناك يتعلق بصورة الأخذ وقد وجد، وهاهنا غير متعلق بصورة، وإنما هو متعلق بدخول يكون استيلاءً ولا يوجد ذلك إلا بالقصد والله أعلم.



※ (مَسْأَلَةٌ):

إذا غصب ساجة[1] وأدرجها في بنائه لم يملكها الغاصب عندنا[2].

وعندهم: يملك[3].

❖ **لنا:**

إن إدخال الساجة في البناء عدوان محض فلا تملك به الساجة.

دليله: أصل الغصب؛ وهذا لأن الملك المشروع لا يثبت إلا بسببٍ مشروعٍ، فإذا كان الفعل عدوانًا محضًا لم يملك به.

فإن قالوا: إن المشروعات يجوز أن تثبت بالعدوانات كالحدود[4].

قلنا: نعم، ولكن يثبت بها مشروع ردعٍ وزجرٍ، فأمّا مشروع نعمةٍ فلا، والملك نعمة من الله تعالى فلا يستفيدها بارتكاب [١٥٢/ب] نهي الله تعالى؛ وهذا لأن أسباب النعم من الله تعالى مطلوبة محبوبة، فكيف تثبت النعم بأسباب منهية مزجورة؟.

فإن قالوا: إن محض العدوان لا يوجد في إدخال الساجة في البناء؛

---

(١) السَّاجة والسَّاج: خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان. ينظر: المصباح المنير: مادة (الساج).

(٢) مختصر المزني مع الحاوي: ١٩٨/٧، الحاوي: ١٩٨/٧، المهذب: ٤٨٩/١، النكت: ورقة ١٧٥/ب، روضة الطالبين: ٥٤/٥.
وهو قول الإمام مالك وأحمد. ينظر: الإشراف للبغدادي: ٤٦/٢، المغني:

(٣) مختصر القدوري: ٤٤١/١، المبسوط: ٩٣/١١، بدائع الصنائع: ٤٤١٧/٩، رؤوس المسائل: ٣٤٩ إيثار الإنصاف: ٢٦٠.

(٤) في المخطوط: «كالحدود» مكررة.

لأنه بناء والبناء مشروع، وإنما العدوان في استعمال آلة الغير فلا يوجب محض العدوانية، كما لو اصطاد بقوس الغير أو ذبح الشاة بسكين الغير.

قلنا: البناء على ساحة الغير عدوان محض، والكلام في هذا الموضع؛ وهذا لأن الساحة عندكم تملك بفعلٍ منه في الساحة وفعله منه في الساحة وإن اتّصف بالبناء إلا أنه عدوان كفعله الأخذ ابتداءً، ولا يجوز أن يعتبر كون البناء مشروعًا في الأصل؛ لأنه لو اعتبر مثل هذا لم يتصوّر تحقق العدوانية في فعلٍ؛ لأنه ما من فعلٍ من زنا أو قتلٍ أو سرقةٍ وغيرها من الجرائم إلّا ويوجد مثله مباحًا، ولكن اعتبر الفعل الخاص في هذه المواضع، وتحقق كونها جريمة محضة من غير شبهةٍ، كذلك ههنا يعتبر الفعل الخاص في هذه المواضع وتحقق كونها جريمة محضة من غير شبهة. وكما لا يعتبر هناك كون تلك الأفعال في الجملة مشروعًا، كذلك ههنا لا يعتبر كون البناء في الجملة مشروعًا، وإذا ثبت أن الغاصب لم يملك السّاحة، وهي قائمة بعينها وجب ردها.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: اجتمع في البناء حقان: حق الغاصب في البناء، وحق المغصوب منه في السّاحة، وكل واحد من الحقين معصوم محترم، ولا يمكن توفية واحد من الحقين إلّا بإسقاط حق الآخر؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا كان نزعُ السّاحة يؤدّي إلى هلاك البناء وتبقية البناء تؤدّي إلى إسقاط حق المالك في الساحة فنقول: بناءآن ينظران حق أيّهما أولى بالتقديم؟ فنقول: حق الغاصب أولى بالتقديم؛ لأن حقه قائم من كل وجهٍ وحق المغصوب منه في

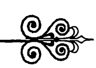
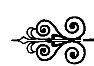
السّاجة قائم من وجهٍ دون وجه.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن البناء قائم من كل وجهٍ، والساجة هالكة من وجهٍ قائمة من وجهٍ؛ لأنها كانت منقولة فصارت عقارًا، بدليل وجوب الشفعة فيها، والعقار غير المنقول، وإذا صار شيئًا آخر فقد هلكت من حيث كانت منقولة ؛ لأنها كانت قائمة بنفسها والآن صارت تبعًا لغيرها، والتبع غير المتبوع فصارت هالكة من حيث إنها كانت متبوعة، ولهذا المعنى تدخل في بيع غيرها من غير ذكرها، وكذلك يجوز بيعها من غير رؤيتها ؛ لأنها صارت تبعًا لغيرها فوقعت الغُنيةُ برؤية المتبوع عن رؤية التبع فثبت أن حق المغصوب منه هالك من وجهٍ قائم من وجهٍ.

وأمّا حق الغاصب قائم من كل وجهٍ، فكان حفظ حق مَنْ حقه قائم من كل وجهٍ أولى من حفظ مَنْ حقه قائم من وجهٍ دون وجه، وإذا حفظنا حق الغاصب في البناء، فلابد من إسقاط حق المغصوب منه في الساجة، كما بينا من تعذر تبقية الحقين وإذا سقط حقه فيها انتقلت ملكًا إلى الغاصب قطعًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الغاصب ظالم فإسقاط حقه أولى ؛ لأنه وإن كان ظالمًا ولكن ظلمه حرام إنما الواجب الانتصاف منه، فأمّا إهلاك حقه في البناء حرام، وقد أمكن توفية حق المغصوب منه مع إبقاء حق الغاصب في البناء بغرامة قيمة الساجة، فكان أولى من إهلاك حقه في البناء ؛ ولأن حق المغصوب منه يفوت إلى خلفٍ، والخلف ينزل منزلة الأصل ويأخذ موضعه في حق المغصوب منه.

وأمّا حق الغاصب في البناء فيهلك من غير خلفٍ فكان الأول أولى.

قالوا: وليس كما لو غصب ساجة وبنى عليها؛ لأن حق المغصوب منه قائم من كل وجهٍ، وكذلك حق الغاصب فرجحنا حق المغصوب منه؛ لأنه صاحب المتبوع، ولأنه مظلوم والغاصب ظالم.

وتعلقوا من حيث الاستشهاد بما لو غصب خيطًا فخاط بطن نفسه أو بطن غلامه، فإنه ينقطع حق المغصوب منه في الاسترداد ويؤمر الغاصب بغرامة قيمة الخيط وصار الخيط ملكًا للغاصب.

❁ **الجواب:**

إن طريقتكم مبنية على أن حق المغصوب منه قائم من وجه هالك من وجهٍ.

وليس كذلك؛ لأن الوجود يعرف بالحسّ والعيان، وهي قائمة حسًّا وعيانًا؛ ولأنه لم يوجد إلّا إدراجها في تضاعيف البناء، وإدراج الشيء في تضاعيف غيره لا يهلكه كإدراج الثوب في تضاعيف الثياب؛ وهذا لأن الخشبة لمنفعة البناء واستعمال الشيء في المنفعة [١٥٣/أ] التي لها خُلِقَ لا يوجب إهلاكه كالانتفاع بجميع الأشياء سوى الساجة لا يوجب إهلاكها والمعتمد أنها قائمة حسًّا، فمن ادّعى هلاكها حكمًا فعليه الدليل.

وقولهم: «كانت منقولة فصارت عقارًا».

ليس كذلك؛ لأن أحدهما لا يصير الآخر بحالٍ.

وقولهم: «تجب بالشفعة فيها».

قلنا: إنما كان كذلك لاتصالها بالعقار، لا أنها صارت عقارًا.

والشفعة تجري في المنقول المتصل بالعقار؛ لأنه يوجد فيه سبب

وجوب الشفعة، فأما في المنقول الذي لا يتصل بالعقار لا يوجد المعنى الموجب للشفعة؛ فلأن ما قلتم يؤدّي إلى أنه إذا خرجت الساحة من البناء عادت منقولًا فتنقلب مرة أخرى عقارًا ومرة منقولًا، وهذا محال، فدلت أنه منقول كما كان إلا أنه لما اتصل بالعقار من حيث البناء بها أخذَ حكمَها.

وقولهم: «إنها صارت تبعًا وكانت متبوعة».

قلنا: الساحة جزء من أجزاء البناء وأجزاء البناء لا يكون بعضها تبعًا للبعض، وعلى أنها إن كانت تبعًا فإنما يصح هذا إذا كانت الساحة ملكًا له، فأمّا إذا كانت ملكًا لغيره لا تصير تبعًا له كالجنين إذا كان لغير صاحب الأمّ لا يكون تبعًا للأمّ، بدليل أن بيع الأمّ لا يوجب دخول الجنين في بيعها تبعًا له في هذه الصورة، بل البيع لا يجوز أصلًا.

وأمّا سراية العتق لم تكن لأجل التبعية، ألا ترى أنه يسري من أحد النصفين إلى النصف الآخر ولم يكن تبعًا له.

وأمّا جواز بيع البناء مع عدم رؤيتها فليس لأنها صارت تبعًا له؛ بل لأن العبرة برؤية تفيد العلم بالمبيع وهذا يحصل بدون رؤية الساحة.

وهذا كمن يكتفي برؤية ظاهر الصُّبْرة دون باطنها وإن لم يكن الباطن تبعًا، فدل بما قلناه أنه ليس لما قالوه وجه من حيث المعنى.

وأمّا مسألة الخيط فعندنا: الغاصب لا يملك الخيط وإنما سقط حق الرد في الحال لحق الآدمي في نفسه؛ وهذا لأن الآدمي له حرمة في نفسه لا يوجد مثل هذه الحرمة للآدمي، ألا ترى أنه إذا خاف الهلاك على نفسه يباح له طعام الغير وحيوان الغير، ولا يباح له قتل الآدمي بحال، وكذلك في

السفينة إذا خِيف غرقُها لا يباح طرح الآدمي بحال، ويباح طرح غير الآدمي من المال والحيوان.

فدل أن إتلاف غير الآدمي يجوز لغرضٍ صحيحٍ يتصل بغيره وإتلاف الآدمي لا يجوز بهذا الوجه بحال، وإنما يباح إتلافه لجناية توجد منه، ولم يوجد في مسألتنا من الآدمي الذي خِيطَ بطنُه جناية وفي رد الخيط إتلافه فسقط حق الرد.

وأمّا في مسألتنا فإن إتلاف المال يجوز لغرضٍ صحيحٍ، وقد وُجِدَ ههنا غرض صحيح وهو إيصال الحق إلى مالكه فوجب أن يجوز إتلاف هذا المال لهذا الغرض ولا يُبالى به فقد تبين الفرق بين الصورتين. والله أعلم.

※ (مَسْألَة):

إذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها، أو ثوبا فقطعه وخاطه، أو غَزلًا فنسجه كان كل ذلك للمغصوب منه عندنا، ولم يملكها الغاصب[١].

وعندهم: يملكها[٢].

وكذلك إذا غصب بيضة فحضّنها تحت دجاجة أو بذرًا فزرعه أو نواة

---

(١) الأم: ٣/٢٢٦، مختصر المزني: ٣/٤١ (مع الأم)، المهذب: ١/٤٨٨، ٤٨٩، النكت: ورقة ١٧٥/ب، الحاوي: ٧/١٩١، ١٩٤، ١٩٧، روضة الطالبين: ٥/٤٦، وهو المذهب عند الحنابلة، ينظر: المغني: ٧/٣٨٧.

(٢) مختصر القدوري: ١/٤٤٠، ٤٤١ مع الجوهرة، الأسرار: ٢/٢٩٢/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١١/٨٥، البدائع: ٩/٤٤١٦، إيثار الإنصاف: ٢٥٧، رؤوس المسائل: ٣٥٥.

فغرسها حتى صارت شجرة.

❁ لنا:

ما ذكرناه في المسألة الأولى؛ وهذا لأن ملك الغاصب لابد له من سبب، وهذه الأسباب عدوانات، فلا تصلح سببًا للملك، وإذا لم يملكها الغاصب كانت للمغصوب منه؛ لأن الموجود دقيق حنطته، ولحم شاته، وثوب غزله، وقميص ثوبه فكانت له، وكذلك في البيض الموجود فرخ بيضه وزرع بذره والفروع تكون لصاحب الأصول.

يبينه: أنه إذا سقط فعل الغاصب في ثبوت الملك في هذه الأشياء فصار الدقيق كأنه من حنطة الإنسان انثالت في طاحونة إنسان فيكون لصاحب الحنطة بالاتفاق ويصير في الشاة والثوب كأن المالك إذن له في ذلك أو فعله هذا الإنسان على ظن أنه له فإذا هي لغيره، ويصير في البيضة كأن الدجاجة حضنتها بنفسها، وفي البذر كأن الريح هبت ببذر إنسان ففرقته في أرض إنسان فإن الزرع والفرخ يكون لصاحب البذر والبيض، كذلك ههنا.

❁ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بحديث رووه من طريق عاصم بن كليب أن النبي ﷺ: «كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدّمت إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها [١٥٣/ب] ثم قال: إن هذه الشاة تخبرني أنها ذبحت بغير حق، فقالوا: شاة جار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها، فقال: أطعموها الأُسارى»(١).

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٦٢٧/٣ مع المعالم، باب في اجتناب الشبهات والدارقطني في سننه: ٢٨٩/٤.

ولولا أنهم ملكوها لكان أمر بأن يردها إلى مالكها، وإن كان غائبًا لكان يأمر بإمساكها بعينها لمالكها إن أمكن أو بيعها وإمساك ثمنها إن تعذر الإمساك.

وأمّا عندنا: فقد مَلَكَها الآخذ لكن أمر بإطعامها الأسارى؛ لأن الكسب كان خبيثًا، والحاصل بالكسب الخبيث سبيله الصدقة عندنا.

وأمّا المعنى:

قالوا: العين المغصوبة صارت هالكة بدليل زوال الاسم والصورة والمعنى. أمّا الاسم: فلا إشكال، وأمّا الصورة؛ فلأن صورة الدقيق غير صورة الحنطة.

وأمّا المعنى، فلأن معنى كل شيء ما خلق له الشيء، والذي خلق له الشيء هو ما يصلح له الشيء، والحنطة إنما تصلح للبذر والقلي والهرس وهذه الأشياء قد فاتت.

فأما الخبز فهو منفعة الدقيق لا منفعة الحنطة.

قالوا: وإذا هلكت العين التي غصبها بالوجه الذي بينّا فصار[1] العين الثانية حاصلة بفعل الغاصب فتكون له.

يبينه: أن الدقيق جنس غير جنس الحنطة، ولهذا لو تجوّز به في السَّلم لا يجوز ويصير استبدالًا.

وأحمد في المسند: ٥/٣٩٣. وكلهم رووه مرسلًا.

ينظر: تخريجه وطرقه في: نصب الراية: ٤/١٦٨.

(١) كذا في المخطوط.

وأمّا جريان الربا بينهما كان بجهة الاحتياط لحرمة الربا، والجنس وإن اختلف على ما ذكرنا فشبهة اتفاق الجنس موجودة، وقد اكتفى بالشبهة في باب الربا.

وإذا ثبت أنهما جنسان مختلفان فلابد من هلاك الأول ليحصل الثاني، وقد هلك الأول وحصل الثاني بفعل الغاصب فكان الثاني له وعليه ضمان ما هَلَكَ.

قالوا: وكذلك في الشاة التي ذبحها وشواها، وفي الثوب الذي قطّعه وخاطه.

وزعموا: أن الذي يصلح له الحيوان شيء آخر، والذي يصلح له المشويّ شيء آخر، والمطبوخ بعد الذبح والشّي[1] والطبخ شيء آخر.

وكذلك زعموا في الكرباس[2] والقميص وادّعوا في جميع هذه الصور أن العين الأولى هلكت وماليتها فاتت، والحادث عين جديدة بمالية جديدة.

قالوا: وكذلك في البيض والبذر، ولعل كلامهم في هاتين الصورتين أظهر؛ لأن الفرخ غير البيض قطعًا، وكذلك الشجرة والسنبلة غير البذر قطعًا.

وكذلك النخلة مع النواة فلاشك أن العين الأولى هلكت وحدثت عين آخرى غير الأولى.

قالوا: وينسب حصول الزرع والفرخ إلى فعل مُحضّن البيضة والْمُلقي

---

(١) يقال: شويتُ اللحم أشويه شيًّا فانشوى. ينظر: المصباح مادة (شوى).

(٢) الكِرَباس: الثوب الخشن، وهو فارسي معرب، بكسر الكاف.
ينظر: المصباح المنير مادة (الكرباس).

للبذر وإن كان في الحقيقة هو صاحب الشرط، والفاعل على الحقيقة هو الله تعالى والعمل للطبائع الأربع بتسخير الله وتقديره ولكن نضيف الفعل إلى الموُجِد للشرط وهو الفاعل لتحضين البيضة وهو الْمُلقي للبذر على الأرض؛ لأن الكلام راجع إلى معنىً شرعي وهو ثبوت الملك للآدمي في الفرخ والزرع فإذا أمكن إضافته إلى مكلف بالشرعيات لا يترك هذه الإضافة، كما لو حفر إنسان بئرًا فوقع فيها إنسان يجب ضمانه على الحافر وإن كان وقوعه وهلاكه كان بعلة ثقله، ولكن الحافر لما كان هو حصّل شرط الوقوع بحفره أضيف إليه؛ لأن الكلام في حكمٍ شرعي وهو الضمان، وقد أضيف إليه، كذلك ههنا.

❁ **الجواب:**

أما خبر عاصم بن كليب، فخبر مرسل، ولا نقول بالمرسل. وعلى أنه ليس في الخبر دليل على ملك الغاصب، وإنما أمره ـ صلى الله عليه ـ بإطعام الأُسارى؛ لأنه لم يوجد المالك، ولم يوجد مَنْ يشتريها، فأمر بالتصدق بها حتى إذا جاء المالك إن شاء اختار أخذ قيمة الشاة، وإن شاء اختار الأجر.

وأمّا المعنى الذي اعتمدوا عليه.

ففي نهاية الضعف، ودعوى هلاك العين المغصوبة غير معقول المعنى؛ وهذا لأن هلاك الشيء بإعدامه، وإعدامه لا يتصور من العباد، وإنما الهلاك المتصور من العباد هو جعل الشيء على وجهٍ لا تبقى له منفعة، وهذه الأفعال طرق الانتفاع بهذه الأعيان؛ لأن طحن الحنطة للوصول إلى منفعة الأكل؛ وهذا لأن الحنطة قوت والأكل تقوّت والطحن طريقه.

والذي قالوا: إن منفعة الحنطة شيء آخر، ومنفعة الدقيق شيء آخر.

هوس عظيم، فإن منفعة الحنطة ليست إلّا الأكل، وطريق أكلها الخبز والطحن، وكذلك في الشاة منفعتها الأعظم[(١)] الأكل وطريقها الذبح والطبخ، وكذلك الغزل مع الثوب، والكِرَباس مع القميص.

يبينه: أنه كيف يستجيز عاقل أن يقول: إن العين قد هلكت وإنما الموجود بالطحن تفريق أجزاء العين، وكذلك في الشاة، وتفريق أجزاء العين لا يهلك العين معقولًا، وإذا لم تفت المنفعة لا يوجب الهلاك أيضًا محكومًا ومشروعًا، وأمّا فصل البيض والفرخ [١٥٤/أ] والبذر والشجر فنقول: إن العين الأولى وإن هلكت لكن العين الثانية خلقها الله تعالى منها فتكون لصاحب الأصل على ما ذكرنا في حجة أصحابنا.

وقولهم: «إنه حصل الفرخ والزرع بفعله»، قلنا: هذا خلاف ما يعتقده أهل السنة، بل حصل بفعل الله تعالى من أصل هو للمغصوب منه، فيكون الفرع لصاحب الأصل، وهذا كما لو غَصَبَ جَاريةً فأولدها الغاصب ولدًا فإنه يكون الولد للمغصوب منه بالطريق الذي قدمناه.

يبينه: أن فعل الغاصب بالوطء أظهر في حصول الولد من فعل مَنْ يحضن البيضة تحت الدجاجة في حصول الفرخ وفعل مَنْ يلقي النواة في الأرض في حصول الشجرة؛ لأن الولد لا يتصور حصوله إلّا بفعل الوطء، وقد يتصوّر نبات الشجرة من النواة وخلق الفرخ من البيضة من غير توسط فعل أحد على ما سبق، فإن قالوا: الفعل في الولد للأمّ وقد سقط جانب

---

(١) كذا في المخطوط: ولعله (العظمى).

الأب بالشرع فيكون الولد للأمّ ثم يستحقه المالك عليها إذا كانت رقيقة، قلنا: هذا أمحل من الأول؛ لأنه لا فعل للمرأة في الموطئ والتمكين ليس بفعلٍ حقيقة، ثم يزعمون ههنا: أن الولد حصل بفعلها، هذا كلام لا يرتكبه إلّا جاهل، وإنما رَحِمُ الأمّ في الحقيقة وِعَاء للولد، وكيف تكون فاعلة للولد أو في حكم الفاعلة، وعلى الحقيقة إن الفعل لله تعالى على التوحّد والانفراد في هذه المواضع، وإنما العبد يوجد منه تحصيل شرط فحسب، فلا ينبغي أن يترك الإضافة إلى الفاعلِ حقيقة، ويضاف إلى صاحب الشرط لوجود فعله.

وأمّا مسألة حفر البئر: فإنما أوجبنا الضمان؛ لا لأن الحافر للبئر مهلك للواقع حقيقة، إذ لو كان كذلك لما افترق الحكم بين أن يحفر في ملكه، أو في ملك غيره، لكن صاحب الحفر التزم الفعل شرعًا بحكم التعدي على ما ذكرنا في ربع الجراح[1]، فعلى هذا في مسألتنا وَجَبَ أن يسلب الغاصبُ الفعل فيما يرجع إلى الملك بحكم التعدي، وهذا هو جواب آخر عن أصل الطريقة وقد أشرنا إليه في حجةِ أصحابنا، فإن رجعوا إلى أن هذه الأفعال لم تتمحض عدوانًا؛ لأنها مشروعة في الجملة فقد أجبنا عن هذا من قبل في المسألة الأولى. والله أعلم بالصواب.

---

(١) ينظر: ٤/٦٢ من هذا الكتاب.

※ **(مَسْأَلة)**:

إذا أراق المسلم أو الذمي خمرًا للذمي لم يجب عليهما الضمان عندنا[1].

وعندهم: يجب على المسلم قيمتها، وعلى الذمي مثلها[2].

والمسألة تعود إلى أن الخمر هل هو مال متقوم لأهل الذمة أم لا؟

فعندنا: ليست الخمر بمالٍ ولا لها قيمة بحالٍ في حق أحدٍ ما.

وعندهم: هي مال متقوم لأهل الذمة غير متقوم لأهل الإسلام.

لنا:

أن الخمر غير متقومة في الشرع، والمسلم والذمي في توجه شرع الإسلام واحد، فسقطت قيمتها في حقهما على وجهٍ واحد.

يبينه: أن عدم التقويم في حق المسلم بالتحريم، والتحريم بالنهي، والنهي عام يتناول الكافر والمسلم فصار هذا النهي كسائر المناهي، ثم سائر المناهي مجراة على عمومها، كذلك هذا النهي.

وبيان هذا في سائر المناهي: أن الذمي يحدّ إذا زنى، وَيُقطع إذا سرق،

---

(١) مختصر المزني: ٣/٤٦ (مع الأم)، المهذب: ١/٤٩٤، النكت: ورقة: ١٧٦/أ، ٧/٢٢١، روضة الطالبين: ٥/١٧.
ويه قال الحنابلة، ينظر: المغني: ٧/٤٢٤.

(٢) مختصر الطحاوي: ١١٩، مختصر القدوري: ١/٤٤٥ مع الجوهرة، الأسرار: ٢/٩١/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١١/٩٦، البدائع: ٩/٤٤١٣، رؤوس المسائل: ٣٤٨، إيثار الإنصاف: ٢٦١.
وهو قول المالكية، ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢/٤٧.

والواجب من الحدّ ههنا واجب بشرع الإسلام، وشرع الإسلام من العقوبة يجب بارتكاب النهي في الإسلام فلولا أن النهي ثبت في حقهم وإلا لم يعاقبوا بارتكابه.

وأمّا تحقيق هذا الفصل: هو أن الرسول ـ صلى الله عليه ـ بُعث بجميع شرائعه إلى كافّة الناس بدليل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱدۡخُلُواْ فِي ٱلسِّلۡمِ كَآفَّةً﴾[١]، وبدليل قوله ـ ﷺ: «بُعثتُ إلى الأحمر والأسود...»[٢].

وقد قامت حجة ثبوته على الكل ولم يبق إلّا معاند أو جاهل لا عذر له ومن شرعه ـ صلى الله عليه ـ تحريم الخمر وتنجيسها وإسقاط ماليتها، وكما قامت حجة نبوته على جميع الناس فكذلك قامت حجة شرائعه التي جاء بها في حق جميع الناس، وتعين الكلام في القرآن فنقول: قد جاء النبي ﷺ بكتابٍ من الله تعالى، وقد قامت كونه حجة من الله تعالى على كل كافرٍ بدليل وجوب الإيمان عليهم بالقرآن فصار جميع الأحكام التي يشتمل عليها القرآن شرعًا من الله تعالى لعباده على العموم، ولَزِمَهم قبولها وتناولهم خطابها، وثبت في حقهم أحكامها ومعانيها.

وأحد ما وَرَدَ به القرآن حرمة الخمر وإسقاط ماليتها فثبت في حق كل المخاطبين من المسلمين والكفار.

والحرف: أن كل مَنْ ثبت عليه حجة الله تعالى في أن القرآن كلام الله تعالى لزمه كل ما ورد به القرآن من غير تخصيصٍ وتفصيلٍ.

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٠٨.

(٢) رواه أحمد في مسنده: ٥/٤١١.

وهذا دليل قاطع يجب قبوله بلا اضطراب [١٥٤/ب] ولا ارتياب.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الخمر كان مالًا متقومًا قبل ورود خطاب التحريم، وقد ورد خطاب التحريم خاصًّا في حق المسلمين، فبقيت الخمر في حق غيرهم على ماليتها وتقومها، وهذا كنكاح المشركات فإنهن لما حَرُمن بخطاب المسلمين بَقِين في حق الكفار على الإباحة، كذلك ههنا.

ثم الدليل على أن خطاب التحريم اختص بالمسلمين أن تحريم الخمر لا يُعرف إلا بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ﴾[1] الآية.

فأما ما سوى هذه الآية من الآي ليس فيهما نص على التحريم فإن الله تعالى قال في آية أخرى في الخمر: ﴿وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾[2] وليس في هذا نص على التحريم، ثم قال في آية أخرى: ﴿وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْىَ﴾[3]، وقد قيل: إن الإثم هو الخمر، وليس هذا بنص أيضًا.

لأن الإثم يحتمل الخمر وغير الخمر، فدل على أن النص هو الآية التي ذكرناها وهو خطاب المؤمنين؛ لأن الله تعالى قال: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾ وقال: في آخرها ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[4] والمؤمن هو الذي يفلح

---

(١) سورة المائد آية (٩٠).

(٢) سورة البقرة جزء من آية (٢١٩).

(٣) سوة الأعراف جزء من آية (٣٣).

(٤) سورة المائدة آية (٩٠).

باجتناب الخمر، وأمّا الكافر فلا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ﴾[١] وهذا المعنى مطلوب وجوده من الكفار لأنهم إذا تعادوا وتباغضوا تفرقوا، وإذا تفرقوا ضعفوا؛ ولأن الله تعالى قال في حقهم: ﴿وَأَلْقَيْنَا بَيْنَهُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ إِلَىٰ يَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾[٢] وإذا كان أمرهم كذلك بنص الكتاب فكيف يحرم عليهم شرب الخمر لئلا يؤدي حالاتهم إلى ذلك.

ولأن الله تعالى قال: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ﴾[٣] فلابد أن يكون أهل ذكر الله والصلاة ليصح هذا في حقه ولا يوجد هذا في الكافر وإنما يوجد في حق المسلم.

وأمّا أبو زيد قال[٤]: إن تحريم الخمر لم يثبت في حقهم لفوات البلاغ كما لم يثبت البلاغ بتحويل القبلة في حق أهل قباء حين كانوا في الصلاة إلى أن سمعوا، وكما لا يثبت في حق الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يبلغه الشرعيات فإنه لا يجب عليه قضاؤها إذا دخل دار الإسلام بخلاف ما إذا كان إسلامه في دار الإسلام؛ لأن البلوغ وإن فات صورة ولكن لا يُعذر بالجهل؛ لأنه مفرّط مقصر.

وحرفهم: أن الثابت بالسمع لا يتوجه على المكلف إلّا بعد بلاغه ذلك، والدليل على فوات البلاغ أنهم يعتقدون كذب النبي ـ صلى الله عليه ـ

(١) سورة المائدة آية (٩١).

(٢) سورة المائدة آية (٦٤) جزء من آية.

(٣) سورة المائدة آية (٩١).

(٤) أي في الأسرار ١/١٤٩/أ/ب، ٢/٩١/أ (مراد ملا).




وينكرون أن القرآن كلام الله تعالى، فلو تحقق البلاغ لكان لقيام الحجة ولا يمكن إثبات البلاغ من هذا الوجه في حق أهل الذمة؛ لأن الشرع ورد بتقريرهم على ما هم عليه بشرعنا، فإنه قد وَرَدَ الإجماع بتركهم وما يتديّنون وترك التعرض لهم قولًا وفعلًا[1].

وهذا تقرير لهم على دياناتهم أجمع إلا في الربا خاصة فإن الشرع استثناه بقوله عليه السلام: «وَمَنْ أربى فلا عهد بيننا وبينه»[2].

وإذا قُرروا على ماهم عليه بشرعنا فقد فات إلزام الحجة وفات البلاغ.

قالوا: وأمبّا في حق أهل الحرب فات البلاغ بالمنعة على ما ذكرنا في كتاب قتال أهل البغي، وهذا بخلاف أصل الدين؛ لأن الكفر لا يحتمل أن يكون غير محرم فلا يتصور فيه عدم البلاغ؛ لأنه إن لم يبلّغ سمعًا بُلّغ عقلًا.

وأمّا الخمر فيحتمل أن تكون محرمة فيحتمل عدم البلاغ.

قالوا: وأمّا الزنا والسرقة وما يشبه ذلك فقد وُجد فيه البلاغ.

لأنهم تديّنوا بترك الزنا والسرقة على ما يوجبه شرع الإسلام.

وعندنا: إنما فات البلاغ؛ لأنهم تُرِكُوا وما يتديّنون، ومن تدينهم: أن الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف محرمات.

---

(١) ينظر: المغني ١٠/٥.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى أبو داود في سننه حديثًا جاء فيه «على أن لا تهدم لهم بيعة... مالم يحدثوا حدثًا أو يأكلوا الربا...» ٣/٤٣٠ ـ ٤٣١.
قال ابن حجر في التلخيص: «وفي سماع السدي من ابن عباس نظر ولكن له شواهد» وذكرها. ٤/١٢٥.

قالوا: ومثال ما قلنا الأنكحة لا على شرط الإسلام فإنها صحيحة فيما بينهم على ما يتديّنون فيها، وكان المعنى فوات البلاغ بالوجه الذي ذكرنا.

وعَيّنوا النكاح بغير الشهود، وفي العدة، ونكاح المشركة، والجمع بين الأختين، والأكثر من أربع نسوة، وقد عُدّ فصل الأنكحة من المشكلات في المسألة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن هذا بناء شرع على عقيدتهم، وهذا باطل؛ لأنا لا نبني شرعنا على عقيدتهم لكن نبني شرعنا على اعتقادنا فيهم.

ثم قالوا: هذا الشرع إنما بنيناه على عدم بلوغ الحجة لا على اعتقادهم على ما سبق بيانه.

ولا يلزم إتلاف متروك التسمية على شفعوى المذهب[1] حيث لا يوجب الضمان؛ لأن البلاغ هناك لم يفت؛ لأنا أمرنا بالمحاجّة معهم، وإلزامهم قبول الآية وهي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾[2].

وترك التأويلات الفاسدة.

وهذا مثل ما قلتم أنتم في الْمُثلّث[3].

وقد تعلق عامة مشايخهم بمنع [١٥٥/أ] إراقة الخمر عليهم، وقالوا: عقد الذمة إذا عَصَمَ عينًا قوّمها.

---

(١) قال الإمام النووي في التنقيح: ينسب إلى الشافعي شافعي ولا يجوز شفعوي، ولا يعتبر بوقوعه في كتب كثير من الخراسانيين وغيرهم فهو غلط: ٩٨/١.

(٢) سورة الأنعام آية (١٢١).

(٣) المثلّث: شراب طبخ حتى ذهب ثلثاه، القاموس المحيط، مادة (الثلث).



دليله: سائر أموالهم.

وتعلقوا بنفس الكافر، فإنه إذا أُتلف ضمن بالدية على اختلاف المذهبين فإيجاب ضمان الخمر بإراقتها ليس بأكثر من إيجاب ضمان الدية بقتل الكافر بنفسه.

وقد تعلق كثير منهم أيضًا بإسقاط الحد عن الذمي بشرب الخمر وقال: إن سقوط الحد إنما كان لما بينا أنهم تُرِكوا وما يتديّنون؛ أو لأن خطاب التحريم خاصّ في حق المسلمين، كذلك الضمان.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن سقوط الحد كان باعتقاده الإباحة؛ لأن عندكم حنفي المذهب يُحدّ بشرب الْمُثلَّث وإن كان يعتقد الإباحة.

قالوا: وأمّا ما ذكر مشايخكم أن ضمان المثل لا يجب بإتلاف الخمر مع وجود المثل فلا يجب الضمان أصلًا.

فهذا كلام في نهاية الضعف؛ لأن عندنا يجب المثل: إذا أتلف الخمر ذميّ على ذميّ مثله، وأمّا في حق المسلم إنما لم يجب عليه مثله؛ لأنه لا يمكن إيجابه عليه من حيث إنه ليس بأهل لتمليك الخمر وتملّكه قصدًا، وإيجاب مثل الخمر عليه، إنما يتصور بإيجاب تمليك الخمر قصدًا فوقع العجز عن المثل بهذا الطريق فصار الخمر في حقه كمثلي آخر انقطع عن أيدي الناس.

قالوا: وأمّا قول مشايخكم: إن قيمة الخمر لا يُعرفها أهل الإسلام.

فليس بصحيح؛ لأنه تقدّر فيه المالية والتقوم كولد المغرور يقدر فيه الرق، وربما يقولون يرجع إلى مَنْ قرب عهده بالإسلام في قيمته أو إلى

رجلين منهم للضرورة.

الجواب:

أمّا الأول:

قلنا: الخطاب ثابت في حق الكل.

وقولهم: «إنه اختص بالمؤمنين».

ليس عليه دليل.

وأمّا تعلقهم بالآية.

قلنا: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾ وإن كان خطاب المؤمنين في الظاهر، ولكن نص التحريم في قوله إنه: «رجس».

وهذا خبر فبنيت على العموم، مثل قول القائل: «يازيد هذا الماء نجس».

فإن قالوا: كيف ثبت ابتداء شرع بخبر؟.

قلنا: معناه فإنه رجس «يجعل إياه رجسًا، وقد قالوا: إن قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾ خطاب تشريف لا خطاب تخصيص مثل قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾[(١)].

وقد ثبت تحريم الربا في حق أهل الذمة بالإجماع[(٢)].

يبينه: أنه كيف يقال إن هذا الخطاب يختص بالمسلمين وقد قال:

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٨).

(٢) ينظر: المغني ٦/٩٩.




﴿وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ﴾ والأنصاب هي الأصنام والأزلام هي القداح التي كانوا يُجيلونها فيما بينهم في أمورهم وقد كان شرعًا من شرائع جاهليتهم، والخطاب في هذا لا يتصور أن يكون مع غير الكفار.

وأمّا قوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾.

قلنا: يفلح بقدره حتى لا يعاقب على شرب الخمر كفاسقٍ مسلمٍ يزني ويسرق ولا يشرب الخمر.

فأمّا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ﴾.

قلنا: يقال لهم عندكم تحريم الخمر غير معللٍ، فكيف يستقيم هذا الاستدلال؟، ولئن قلتم معلل تحريمه بهذا فألحقوا به النبيذ. وعلى أنهم إذا تباغضوا وتعادوا وتشاجروا نأمرهم بالسكون والإلفة على حسب ما نأمر به المسلمين.

وأمّا الآية التي ذكروها وهي قوله تعالى: ﴿وَأَلْقَيْنَا بَيْنَهُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ إِلَىٰ يَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾.

المراد: به ما هم عليه من الاختلاف والتفرق في أصل الدين فذلك باقٍ بينهم إلى يوم القيامة إلّا أن يُسلموا.

وأمّا قوله تعالى: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾.

والمراد: به الإيمان والإتيان بالشهادتين؛ لأنه إذا شرب الخمر وسكر فسد عقله ولا يمكن النظر في دلائل الإسلام فثبت بما قلنا أنه ليس لهم دليل

على تخصيص الخطاب.

وأمّا طريقة أبي زيد:

فهو أضعف وأوهى من هذه الطريقة ؛ لأن البلاغ متحقق بالسّماع وقيام الحجة.

وقولهم: «إنهم ينكرون النبي والقرآن».

قلنا: هذا إنما بفوت البلاغ لو عُذِرُوا ولا عذر لهم لما بينا أن الدلائل القطعية قد قامت عليهم وقد نُزّلوا منزلة المعاندين المكابرين.

وقولهم: «إن الشرع قد ورد بتقريرهم على ما هم عليه».

قلنا: كلا ، ولا يجوز التقرير على الكفر كما لا يجوز التقرير على سائر المعاصي ، وأهل الذمة مع قبولهم عقد الذمة مأمورون بالإسلام وجميع شرائعه مُلْزَمون ذلك مؤثّمون على دوام الأوقات بتركهم القبول مستوجبون للنار في الآخرة إلّا أن بعقد الذمة أُمهلوا في العقوبة لمصلحةٍ رآها الشرع فهو نوع أمان إلّا أن الأمان على وجهين:

ـ أمان مؤقت يوجب تأخير العقوبة إلى مدةٍ في حالة الحياة.

ـ وأمان مطلق يوجب تأخير العقوبة إلى الآخرة.

واعلم أنه لا تقرير لهم عندنا أصلًا [١٥٥/ب] على الكفر ولا على شيء من عقائدهم الخبيثة ، وإنما جاء الشرع بترك التعرض لهم ؛ لأن العقد معقود على ترك التعرض فلم نتعرض لهم في معاملاتهم وسائر ما يعتقدونه وفاءً




بالعهد وحفظًا لعقد الأمان الذي جرى بيننا وبينهم.

فإن قالوا: هذا هو التقرير الذي ذكرناه.

قلنا: لأن التقرير يوجب فوات الدعوة، وترك التعرض لا يوجب فوات الدعوة إنما هو مجرد تأخير معاقبة وزجر، ويجوز أن تكون الحجة لازمة والدعوة متوجهة وتؤخر المعاقبة والمنع فعلاً.

فأمّا لا يجوز أن يرد الشرعُ بتقريرهم على ماهم عليه ثم يبقى لزوم الحجة وتوجه الدعوة، وهذا كأصل الكفر لا يتعرض لهم فيه، ولا يقال إنهم مقرر عليه أو فات عنهم البلاغ فيه، وبهذا الفصل يبطل أصل القاعدة في هذه الطريقة، فإنه وَرَدَ الشرعُ بتركهم وما يعتقدون في أصل الدين ولم يقل أحدٌ إن البلاغ فات فيه.

وليس لهم على هذا اعتراض إلّا أن يقولوا: إن الإيمان يجب عقلا لا سمعًا وهذا مذهب أهل البدعة، ولا ينبغي أن يُمكّنوا من إظهار هذه العقيدة ويلزمهم مع هذا الإيمان بالنبي ـ صلى الله عليه ـ فإن البلاغ فيه ثابت وهو سمعي محض ولا جواب لهم عن هذا.

وأمّا النقض بمتروك التسمية إذا أتلفه إنسان على شفعوي المذهب.

فمتوجه فإنه لا يتعرض لهم بإتلاف متروك التسمية عليهم ومع ذلك لم يوجبوا الضمان.

وقولهم: «إن المحاجّة قائمة معهم».

قلنا: ومع أهل الذمة قائمة وندعوهم إلى الإسلام ونذكرهم لرفع الحجة

عليهم بل هذا أولى ؛ لأن دليل متروك التسمية مجتهد فيه بخلاف الخمر فإن حرمتها مقطوع بها.

فأمّا فصل الأنكحة فنحن لا نقضي بينهم فيها إلّا بما يوافق شرع الإسلام.

وقد قال أبو حنيفة: إذا ارتفعوا إلينا نفرّق بينهم وبين محارمهم(١). وأمّا المشركة فبضعها متقوّم في حق المسلم، بدليل أن مَنْ وَطَأَ أمة مجوسية لمسلمٍ يضمن عقرها.

وأمّا الخمر غير متقوّمة في حق المسلم بحال، ثم نقول: ما ادّعيناه من خطاب أهل الذمة بالشرعيات وقيام الحجة عليهم في الكل قاعدة كلية لا يتصور نقضها.

وأمّا صحة الأنكحة إن لم توافق شروطها شرع الإسلام استثنيت من هذا الأصل بالنص الوارد من الكتاب والسنة في إثبات نكاحهم وتصحيحه وهو قوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾(٢).

وقوله عليه السلام: (وُلدتُ من نكاح ولم أُولدْ من سفاح)(٣).

ولأنا لو أبطلنا أنكحتهم أدّى إلى فساد عامة الأنساب لأصحاب رسول الله ـ صلى الله عليه ـ وربما يتعدّى إلى النبي ـ عليه السلام ـ ونعوذ بالله من هذا

---

(١) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ٢٧٠ بتحقيقنا.

(٢) سورة المسد آية (٤).

(٣) رواه البيهقي في سننه: ١٩٠/٧، باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم.
وعبد الرزاق في مصنفه مرسلًا بلفظ: «إني خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح».
وقال ابن حجر في التلخيص بعد ذكر مَنْ خرجه «ووصله ابن عدي والطبراني في الأوسط من حديث علي بن أبي طالب وفي إسناده نظر» اهـ. ثم قال: «إسناد ضعيف»: ١٧٦/٣.

الاعتقاد، وهذا كاستثنائهم الربا من الأصل الذي ادّعوه.

وأمّا قولهم: «إن عقد الذمة عَصَمَ الخمر».

قلنا: ليس معناه إلّا منع الإراقة، وقد أجبنا عنه.

وأمّا نفسُ الكافر ضمنت بالعصمة؛ ولأن عقد الذمة عقد عصمة.

والحرف: أن عقد الذمة معقود لعصمة ما ليس بمعصومٍ، أمّا هو ليس بمعقودٍ لجعل ما ليس بمالٍ مالاً، والآدمي يضمن لا لكونه مالاً بل للعصمة، وعقد الذمة قد أوجب العصمة مثل ما يوجب العصمة لسائر أمواله، ولو لم تثبت هذه العصمة لم يكن لعقد الذمة فائدة، فأما أن يجعل ما ليس بمالٍ مالاً فمحال.

ونظير الخمر من الأموال العبد المرتد.

أما سقوط الحد إنما كان؛ لأنه يشرب الخمر باعتقاد الإباحة، وشرب الخمر باعتقاد الإباحة كفرٌ، وعقد الذمة قد عَصَمَ من عقوبة الكفر.

والله أعلم.



※ (**مَسْأَلة**):

نقصان الولادة لا يجبر بالولد عندنا[١].

وعندهم: يجبر[٢].

وصورة المسألة: إذا ولدت الجارية المغصوبة وانتقصت وفي الولد وفاء بالنقصان.

لنا:

أن الجزء الفائت بالولادة مضمون على الغاصب، والمضمون إذا فات وَوَجَبَ ضمانه يكون ضمانه من ملك مَنْ عليه الضمان لا من ملك مَنْ له الضمان.

دليله: سائر الضمانات.

يبينه: أن الضمان الواجب بالغصب أو الجناية مال يجب لصاحب الحق على الغاصب والجاني لجبر ما فات بالغصب أو الجناية ولا يتصور تحققه إلا أن يكون حصوله لمن له الضمان بسبب الجناية على حقه، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في مسألتنا؛ لأن الولد يجعل لصاحب الجارية سواء كان هناك فوات جزء ونقصان بالولادة أو لم يكن، وما كان بهذا السبيل كيف

---

(١) النكت: ورق ١٧٤/أ، الحاوي: ١٥٦/٧، روضة الطالبين: ٦٤/٥.
وهو قول زفر وأحمد، ينظر: المغني: ٣٩٥/٧، الأسرار: ٢٩٠/٢/ب، إيثار الإنصاف: ٢٦١.

(٢) مختصر الطحاوي: ١١٨، مختصر القدوري: ٤٤٤/١ مع الجوهرة، الأسرار: ٢٩٠/٢/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١٥٨/١١، البدائع: ٤٤٣٧/٩.
(رؤوس المسائل): ٣٥٤، (إيثار الإنصاف): ٢٦١.

يتصور أن يكون الولد مال الضمان؟ وإذا لم يتصور أن يكون الولد مال الضمان بقي الضمان في [١٥٦/أ] ذمته ولا ينقضي عن عهدته إلا بالأداء أو الإبراء وصار الولد في هذا الضمان الواجب كالعدم أو يجعل كسائر أموال المغصوب منه، ويصير أيضًا كما لو هَلَكَت الأمّ، في الولد وفاء بقيمة الأمّ لم يجبر به مال الضمان.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الولد قام مقام النقصان خلفًا عن الفائت فينعدم النقصان.

كما لو هزلت الجارية ثم سمنت أو قُلع سن إنسان ثم نبتت مكانها سن أخرى.

والدليل على أن الولد قام مقام النقصان وخلف عن الفائت: أن سبب الزيادة والنقصان واحد؛ لأن سبب النقصان هو الولادة، وسبب الزيادة كذلك؛ لأن الولد لا يكون مالًا متقومًا بنفسه إلّا بالولادة.

أمّا في جنين البهيمة فالولد وإنِ كان مالًا قبل الولادة لكنه تبع للأصل وإنما يصير مالًا بنفسه إذا انفصل.

وأمّا في الجارية فليس بمالٍ قبل الولادة لا تبعًا ولا أصلًا، أما أصلًا فمعلوم، وأمّا تبعًا فلأن الجارية تتعيّب بالولد وما تتعيّب به الجارية لا يكون صفة زائدة في مالية الجارية فثبت: أن الولد إنما يصير مالًا مقصودًا بنفسه متقوّمًا بالولادة فكانت الولادة سببًا للزيادة والنقصان.

والسبب الواحد إذا فوّت حق إنسان من وجهٍ، وأفاد من وجهٍ آخر؛

صارت الزيادة خلفًا عن الفائت، وقائمة مقامه؛ فيصير في المعنى كأن لم يفت؛ فلا يجب الضمان.

وحرفهم:

أن السبب الواحد إذا أخرج عن ملكه مالًا وأدخل مالًا يكون الداخل خلفًا عن الخارج ضرورة، كما في البيع فإنه لما كان سببًا يوجب خروج المبيع عن ملكه ودخول الثمن في ملكه كان الثمن خلفًا عن المبيع ضرورة، كذلك ههنا.

قالوا: وقولكم: «إن ملكه لا يُجبر بملكه».

لا يصح؛ لأن الولد ما كان مملوكًا له قبل الولادة حتى يصير ملكه خلفًا عن ملكه، وإنما صار مملوكًا له بعد الوجود بالولادة، والخلافة من شرطها أن يدخل في ملكه مالم يكن مملوكًا له خلفًا عمّا زال عن ملكه، وليس من شرطها أن يكون مملوكًا لغيره حتى يصير خلفًا عن ملكه، ألا ترى أنه إذا باع عبدًا بألف درهم، فإنه يملك البائع ألف درهم من ذمة المشتري، وما كانت هذه الألف مملوكة للمشتري قبل هذا، ولكن لما دخل في ملك البائع مالم يكن مملوكًا له من قبل تحققت الخلافة بحكم البيع، فكذلك ههنا الولد قبل الولادة لم يكن مملوكًا مقصودًا، وكان ذلك الجزء الذي فات بالولادة مملوكًا فبالولادة فات ذلك الجزء عن ملكه، ودخل الولد في ملكه فتحققت الخلافة.

وألزموا على ما قلنا مسألة السّن.

قالوا: وإن قلتم إن هناك بالسّن النابتة ينعدم النقصان الحاصل بالقلع

فينجبر لهذا المعنى، كذلك ههنا بالولد ينعدم النقصان معنًى على ما سبق فينجبر النقصان الحاصل مثل تلك المسألة سواء.

قالوا: ولا يلزم إذا ماتت الأم وفي الولد وفاء بقيمة الأمّ.

منع بعضهم وقال: ينجبر وادّعوا رواية عن صاحبهم.

قالوا: ولئن سلمنا، إنما لا ينجبر؛ لأن ملك الولد فرع ملك الأصل فإذا فات جزء وحدث جزءٌ آخر من الأصل بسبب واحد أثبتنا الخلافة بين الحادث والفائت بذلك السبب، وأمّا إذا تلف الأصل لا يمكن أن يجعل الولد جابرًا للأصل؛ لأن الولد يُملك بملك الأصل وهو فرع، والفرع لا يجبر أصله كما نقول في سجود السهو فإنه يجبر بالنقصان[1] الحاصل في الصلاة ولو بطلت الصلاة فإن السجود لا يجبر أصل الصلاة، كذلك ههنا.

قالوا: ولا يلزم إذا قطع قوائم شجر إنسان فنبت مكانها غيرها، أوجزّ صوف شاة إنسان فنبت مكانه غيره حيث لا يجبر.

لأنا إنما سعينا لينجبر النقصان بالزيادة لا ليملك الجاني عينًا مملوكة لغيره، وهناك حاجتنا إلى أن نجعل القوائم المقطوعة مملوكة للقاطع؛ ولأن سبب الزيادة والنقصان هناك مختلف؛ لأن الشجرة تنتقص بالقطع، والزيادة تحصل بقوة في الشجرة ولم يكن حصولها بسبب القطع.

قالوا: ولا يلزم إذا أخرج ظبيةً من الحرم فولدت ولدًا ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء بالنقصان حيث لا ينجبر.

---

(١) كذا في المخطوط: ولعله (النقصان).

لأنا لا نسلم هذه المسألة، بل ينجبر، وثبتوا على المنع.

قالوا: ولا يلزم إذا لم يكن في الولد وفاء بالنقصان حال الولادة ثم صار فيه وفاء بعد الرد إلى المالك حيث لا ينجبر به؛ لأن حكم الغصب انتهى نهايته بالرد، فما قدر على [١٥٦/ب] رده إلى المالك برئ عن الضمان، وما عجزت عن ردّه استقر عليه ضمانه، فالزيادة الحاصلة في الولد من بعد الرد لا تعتبر، وليس كما لو زاد قبل الرد وصار فيه وفاء بالنقصان، ولم يكن فيه وفاء عند الولادة حيث ينجبر به، لأن صفة الخلافة انعقدت للولد حال حدوثه وصار جابرًا بقدر قيمته من نقصان الأمّ فالزيادة التي حصلت بعد ذلك هي زيادة فيما هو خلف فيصير خلفًا أيضًا، فأما إذا كانت الزيادة بعد الرد فقد بينا من قبل.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن الضمان الواجب لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء».

لا يصح، لأنا إذا جعلنا هذه الزيادة خلفًا عن الأصل امتنع وجوب الضمان أصلًا، لأنه قد وجد الرد على الوجه الذي غَصَبَ ففات وجوب الضمان مثل ما يفوت في مسألة السّن والسِّمن، ولا نقول: إنه وجب الضمان وصار مؤدًى[1] بالولد، هذه جملة ما يمكن لهم في هذه المسألة.

وقد قال أبو زيد في الأمالي:

إن الولد في معنى الأرش عن الجناية فقام مقامه كنفس الأروش في الجنايات قال: وإنما قلنا: إنه بمنزلة الأرش لأن مالية الولد حدثت بالولادة التي أوجبت النقصان في الأمّ كمالية الأرش وجبت بالقطع الذي أوجب

---

(١) في المخطوط: مؤديًا.




النقصان في الأصل على ما ذكرنا من قبل.

وربما يقولون في أثناء الكلام نعني «بالخلفية» الخلف وجودًا مثل السّن يخلف السّن وجودًا.

۞ **الجواب:**

إن بناء كلامهم على أن الولد ليس بمالٍ قبل الانفصال وهذه مكابرة محسوسًا ومحكومًا: أمّا المحسوس فلأنا نقطع بوجود الولد في البطن قبل الولادة فإنه إذا حصل[1] الولادة علمنا أن الولد كان موجودًا من قبل وإذا كان[2] الأمّ مالًا كان الولد مالًا، لأنه يتبعها في المالية وعدم المالية، وكذلك في التقوم.

وأمّا الحكم: فلأنه لو أعتق جنينًا مشتركًا بين اثنين يضمن لصاحبه، ولو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان ومات ثم إن صاحب الجارية وهو الوارث أعتق الأمّ يضمن الولد للموصى له، ولأنه لو جعل الولد بدلًا في الخلع صح التسمية وما ليس بمالٍ لا يصح التسمية بدلًا من الخلع، ولأنه يصح الإيصاء به، وما ليس بمالٍ لا يصح الإيصاء به كالخمر، وهذه دلائل معتمدة، وعلى أنا إن سلّمنا أنه حصل مالًا بالولادة ولكن لا يصلح ضمانًا للجزء الفائت كما بيّنا.

يبينه: أن الضمان بنقصان الأمّ والنقصان قائم ولم يضمن شيئًا فكيف يتخلص عن الضمان بحدوث ولد لمن له الضمان؟.

وقولهم: «إنه قائم مقامه وخلفه».

---

(١) كذا في المخطوط، والأولى (حصلت).
(٢) كذا في المخطوط، والأولى (كانت).

تمنٍ[1] باطل ؛ لأن الخلف: إمّا أن يكون من حيث الشرع ، أو من حيث الحسّ ، ولا خلف من حيث الحسّ ، لأن النقصان قائم كما كان بخلاف السّن النابتة بعد القلع إن سلّمنا ، لأن النقصان حسًّا قد ارتفع ، وكان الضمان الواجب لا بدلًا عن السّن ، لأن السّن ميتة لا قيمة لها ، وإنما كان الضمان للثلمة الواقعة محسوسًا فإذا ارتفعت ذهب الضمان لانعدام سببه.

فأمّا في مسألتنا فالنقصان قائم كما بينا ، ولا يجوز أن يكون خلفًا من حيث الشرع ، لأن الخلف من حيث الشرع هو ما جعله الشرع عوضًا على معنى تقويمه به كالأرش في القطع ، وكذلك الثمن في البياعات خلف عن المبيع ، لأنه عوضه بالتراضي من المتعاقدين ولا يتصور هذا الخلف إلّا بشريطه وهو أن يكون واجبًا من مال مَنْ عليه الضمان لمن له الضمان.

وفي مسألتنا لا يوجد هذا المعنى ؛ لأن الولد مال مَنْ له الضمان والنقصان حاصل في ملكه فانعدمت الخلفية محسوسًا ومشروعًا فبقي الضمان الواجب على وجوبه من قبل.

وقد خرج بما قلنا الجواب عن فصل السّن وفصل الأرش.

ويقال لهم على جهة تلخيص الكلام: النقصان وإن حصل بسبب الزيادة ولكن نقصان في ملكه وزيادة من ملكه فلا يصلح ضمانًا.

فإن قالوا: يصلح جبرًا.

قلنا: لا يصلح أيضًا ؛ لأن جبر المضمون بالضمان ، فإذا لم يصلح

(١) في المخطوط: (تمنى).

ضمانًا في نفسه لم يصلح المحصول جبر المضمون به.

وقولهم: «انعدم النقصان معنى».

دعوى بلا دليل.

وقولهم: «إنه يكفي في الخلفية أن لا يكون مالكًا للشيء من قبل».

قلنا: لابد أن يكون مالكًا له من قبل وأن تملّكه من جهة مَنْ عليه الضمان ليتحقق الضمان، ثم وإن سُمّي خلفًا فيجوز.

وقولهم: «إنه انعدم الضمان».

كيف ينعدم والنقصان قائم، والولد حصل من ملكه؟ ولا يتصور أن ينعدم الضمان الواجب له بملكٍ يحدث من ملكه.

والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة.

❊ (**مَسْأَلَة**): [١٥٧/أ]

إذا غصب طعامًا من إنسان وأطعمه المغصوب منه وهو لا يعلم أنه طعامه فتناول لا يبرأ الغاصب في أظهر قولي الشافعي رضي الله عنه[(١)].

وقال: في القول الثاني[(٢)]: يبرأ، وهو قولهم[(٣)].

---

(١) مختصر المزني: ٤٣/٣ مع الأم، المهذب: ٤٩١/١، النكت: ورقة ١٧٦/أ، الحاوي: ٢٠٧/٧، روضة الطالبين: ١١/٥.

(٢) مختصر المزني: ٤٣/٣ مع الأم، المهذب: ٤٩١/١.

(٣) الأسرار: ٢٩١/٢/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٨١/١١.




وعلى هذا الخلاف إذا أعار منه المغصوب من ثوبٍ أو دابة.

لنا:

أنه لم يصل إليه ما أزال عنه فلا يبرأ عن الضمان كما لو لم يقدمه أصلًا بين يديه، وإنما قلنا ذلك، لأنه أزال يد الملك وأعاد يد الإباحة.

والدليل على أنه أعاد يد الإباحة أن يد الملك لا تُعرف بصورة اليد بل بيدٍ ذات أحكام مخصوصة.

وفي مسألتنا لم توجد يد الملك بدليل أنه لا يُبنى عليها أحكام الملك، ألا ترى أنه بظاهر ما يعتقده من حقه في الطعام لا يجوز أن يتصرف فيه بتصرفٍ ما من البيع والهبة والرهن وسائر التصرفات، ولو اعتقد جوازها أثم.

وفي مسألة تقديم الطعام بين يديه لا يمكّن من النقل إذا لم يعرف أنه طعامه، فثبت أنه لم يُعِدْ يد المالك، فلا يبرأ عن الضمان الواجب بإزالة يد الملك.

ويمكن أن يقال: أزال يدًا بسلطانٍ مخصوصٍ ولم يُعِدْ يده بسلطانه على ما سبق.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: أتى بالرد المستحق عليه فيبرأ عن الضمان، كما لو علم المغصوب منه أنه طعامه.

وإنما قلنا ذلك، لأن المستحق ردٌّ يتضمن عود يد الملك وقد عاد يد




الملك، لأنه قد ثبتت اليد للمالك على المغصوب، ولا يتصور للمالك على المغصوب يد سوى يد الملك.

وحرفهم: أن الأيدي وإن كانت مختلفة لكن يد الملك متعيّنة للمالك، فعلى أيّ وجهٍ أثبت له اليد تكون يد الملك، وإذا ثبت عود يده وقعت البراءة.

قالوا: ولا يجوز أن ينظر: إلى أن الغاصب أعاد يده على جهة الإباحة، لأن هذا موجود فيما إذا كان المغصوب منه يعلم أن الطعام طعامه فإنه يبرأ عن الضمان، فدل أن المعتبر مجرد عود يده.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المالك مغرور من جهة الغاصب ووبال المغرور على الغارّ، لأن المالك مغتر وليس بمغرورٍ، لأن الطعام الذي قدم إليه يحتمل أنه ملكه، ويحتمل أنه ليس بملكه فإذا أقدم عليه مع الاحتمال فقد غرّ نفسه، وعلى أنه وإن كان مغرورًا من قِبَلِه لكن لما أكل من ملك نفسه وباشر إتلاف المغصوب بفعله لم يكن له على أحدٍ سبيل، كما قال لغيره «اسلُكْ هذا الطريق فإنه آمنٌ وسِر إلى البلد الفلاني فإن التجارة فيه مربحة»، فسلك ذلك الطريق فَقُطِعَ عليه أو قَدِمَ ذلك البلد فخسر لا يرجع على الغارّ بشيء؛ لأنه وإن كان مغرورًا من قِبَله ولكن سلك الطريق بنفسه وبفعله واتّجر بنفسه فهو وإن هلك مالُه لا يرجع على أحدٍ؛ وهذا لأن غاية ما في الباب أن ينّزل الغارّ منزلة المسبب لهلاك مال الغير والمباشرة إذا طرأت على التسبب فإنها تقطع حكم التسبب، كما لو حفر بئرًا فجاء إنسان وألقى إنسانًا فيه فإنه يجب الضمان على الملقي لا على الحافر.

قالوا: وليس كما لو باع جارية من إنسان فأولدها المشتري ولدًا، فَظَهَرَ




مستحقٌ للجارية، وضمن المشتري قيمة الولد حيث يرجع بقيمة الولد على البائع؛ لأنه لا رجوع بحكم الغرور، بل يرجع على البائع بحكم التزامه سلامة الجارية وسلامة الولد؛ لأن البيع عقد التزام وشرط سلامة بسلامةٍ.

۞ الجواب:

قد ذكرنا أنه ما أعاد يد الملك.

وقولهم: «إنه لا يتصور للمالك إلّا يد الملك».

قلنا: لا يتصور إذا عَلِمَ أن الشيء ملكه إذ لا يتصوّر الإعراض عن ظاهر ما يعتقد المالك، والشرع لم يعرض عن ظاهر ما يعتقده المالك في أن الطعام ليس بملكه بدليل ما قدمنا من قبل.

ويجوز أن يقال: إن المالك وإن كان الثابت له يد الملك، ولكن الغاصب ما أعاد يد الملك وبراءته بإعادة يد الملك؛ لأنه إذا كانت براءته برده فيعتبر صفة رده، فأما إذا علم المغصوب منه أنه طعامه، فأكله على أنه طعامه، يبرأ الغاصب باسترداد المالك، وليس برد الغاصب، وهو كما لو جاء إلى بيت الغاصب وأخذ منه المغصوب.

فأمّا ههنا الاسترداد فلو برئ عن الضمان لبرئ بالرد ولم يوجد الرد على جهة ما أخذ؛ لأنه أخذٌ مزيلٌ يدَ الملك وردٌ غيرُ مفيدٍ يد الملك فلم يبرأ عن الضمان، هذا غاية ما يمكن تحقيقه في هذه المسألة وهو [١٥٧/ب] حسن يمكن تمشيته فليعتمد عليه.

وأمّا طريقة اعتبار المغرور فهو طريقة المشايخ.

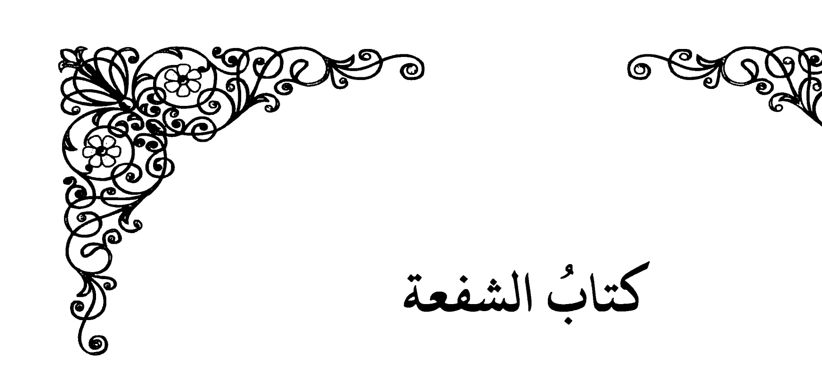
ونهاية ما يمكن أن يقال في تقريرها: إن الغرور الصادر من الإنسان يجعل الغارّ بمنزلة المتسبب والتسبب للهلاك موجب ضمان الهلاك.

أما مباشرة المالك الأكل بنفسه فبناء على تسببه فلا يوجب براءته عن عهدة غروره، كالولي إذا قتل المشهود بقتله لا يبرأ الشهود عن الضمان؛ لأنه يبنى قتله على شهادتهم فلم يوجب براءتهم عن الضمان.

هذا غاية الإمكان، والاعتماد على ما سبق.

والله تعالى أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين.





كتابُ الشفعة

※ (مَسْأَلَة):

لا تثبت الشفعة إلّا للشريك عندنا[1].

وعندهم: تثبت للجار إذا لم يكن شريك[2].

❖ **لنا:**

حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة[3] عن جابر أن النبي ﷺ قال: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطُّرق فلا شفعة»[4].

وفي رواية: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[5]. وفي رواية: «إنما الشفعة فيما لم يقسم...».

---

(١) المهذب: ١/٤٩٥، مختصر المزني مع الأم: ٣/٤٧، ٤٨، النكت: ورقة ١٧٦/ب، والحاوي الكبير: ٧/٢٢٧، معالم السنن: ٣/٧٨٨.
وبهذا القول قال المالكية والحنابلة، ينظر: المغني: ٧/٤٣٦.

(٢) الأسرار: ١/١٧٣/ب (مراد ملا)، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٣٥٤، مختصر الطحاوي: ١٢٠، المبسوط: ١٤/٩٤.

(٣) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني قيل: اسمه عبد الله، وقيل: إسماعيل، ثقة مكثر من الثالثة، مات سنة: ٩٤هـ، وكان مولده بضع وعشرين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٤٠٩.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٤٣٦ مع الفتح، باب الشفعة فيما لم يقسم.
والترمذي في سننه: ٦/١٣١ مع العارضة، باب ما جاء إذا أحدت الحدود...).

(٥) هذه الرواية هي رواية أبي داود في سننه: ٣/٧٨٤ مع المعالم، باب في الشفعة.




والخبر نص، وهو قوله: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».

ولأن قوله ـ عليه السلام ـ: «فيما لم يقسم»، يقتضي نفي الشفعة في المقسوم؛ لأنه ـ صلى الله عليه ـ أدخل الألف واللام وذلك يقتضي استيعاب الجنس.

وكذلك قوله: «إنما الشفعة فيما لم يقسم» يقتضي النفي والإثبات مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾[١].

قالوا: الأخبار متعارضة، بل الأخبار في إثبات حق الشفعة للجار أكثر.

روى قتادة[٢] عن الحسن [٣] عن سمرة أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: «جار الدار أحق بالدار»[٤].

وروى أيضًا سعيد[٥] بن أبي عروبة[٦] عن قتادة عن أنس عن النبي صلى الله عليه وروى عبد الملك[٧] بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال:

(١) سورة النساء آية (١٧١).

(٢) قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري، ثقة، ثبت، يقال: ولد أكمه وهو رأس الطبقة الرابعة، مات سنة. ١١٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٢٨١.

(٣) يعني الحسن البصري.

(٤) رواه الترمذي في سننه: ٦/١٣٩ مع العارضة، باب ما جاء في الشفعة، وأبو داود في سننه: ٣/٧٨٧ مع المعالم، باب في الشفة، والإمام أحمد في مسنده: ٤/٣٨٨، ق/٨، ١٢، ١٣، ١٨.

(٥) سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم، أبو النضر البصري، ثقة، حافظ، له تصانيف، لكنه كثير التدليس، واختلط، وكان من أثبت الناس في قتادة، من السادسة، مات سنة ١٥٦ أو ١٥٧هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ١٣٤، ذكر روايته الزيلعي في نصب الراية: ٤/١٧٣.

(٦) في المخطوط (عروة) والتصويب من نصب الراية: ٤/١٧٣.

(٧) عبد الملك بن أبي سليمان ميسرة العزرمي، صدوق له أوهام من الخامسة مات سنة ١٤٥هـ،=




قال رسول الله صلى الله عليه: «الجار أحق بشفعته ينتظر به إن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا»(١).

وروى أبو رافع أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بصقبه»(٢).

ورواه إبراهيم(٣) بن ميسرة عن عمرو(٤) بن الشريد عن أبي رافع.

هذه أخبار معروفة مشهورة.

والخبر الأول، وخبر أبي رافع صحيحان في الباب.

وروى أصحابهم بطريق أبي سعيد أن النبي ﷺ قال: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من غيره...»(٥).

وروى إبراهيم بن(٦) ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن النبي ﷺ

= روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ٢١٨.

(١) رواه الترمذي في سننه: ٦/١٣٠ مع العارضة، باب ما جاء في الشفعة.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٨٨ مع المعالم، باب في الشفعة.

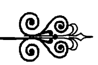
(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٤٣٧ مع الفتح، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٨٦ مع المعالم، باب في الشفعة.
والنسائي في سننه: ٧/٢٨١، ٢٨٢، باب ذكر الشفعة وأحكامها، وابن ماجة في سننه: ٢/٨٣٣.
والإمام أحمد في المسند: ٤/٣٨٩، والدارقطني في سننه: ٢٢٣.

(٣) إبراهيم بن ميسرة الطائفي، نزيل مكة، ثبت حافظ، من الخامسة، مات سنة ١٣٢هـ.
روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٢٤.

(٤) عمرو بن الشريد الثقفي أبو الوليد الطائفي، ثقة من الثالثة.
روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة. ينظر: التقريب: ٢٦٠.

(٥) عزاه في نصب الراية إلى ابن أبي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق في مصنفه، وهو عندهما من قول إبراهيم النخعي، وليس مرفوعًا. ينظر: نصب الراية: ٤/١٧٦.

(٦) في المخطوط: ابن أبي ميسرة.

سئل عن أرضٍ ليس لأحدٍ فيها شرك ولا نصيب إلا الجوار بيعت فقال ـ عليه السلام ـ: «الجار أحق بصقبه»(١).

وأوّل بعضهم الخبر الذي رويناه وقال: معناه: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة يعني: بإيقاع الحدود وصرف الطرق.

وتأويلهم المعتمد: أن المراد من الحديث إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق بحيث لم يبق هو جارًا ملاصقًا وصار جارًا مقابلًا، ألا ترى أنه شرط شيئين(٢).

وعندكم: بمجرد إيقاع الحدود تسقط الشفعة وإن لم تصرف الطرق.

وأمّا عندنا: فشرط صرف الطرق في نفي الشفعة لما بيّنا.

۞ الجواب:

أن المراد بالجار المذكور هو الشريك، واسمْ الجار يقع على الشريك؛ لأنه يجاور شريكه ويساكنه في الدار المشتركة، والمرأة تسمى جارة على هذا المعنى، قال: الأعشى(٣):

أجارتنا بيني فإنك طالقه ... كذاك أمورُ الناس تغدو وطارقه

وعلى أن في أسانيد أخبارهم مقالًا(٤) قال يحيى بن معين: لم يسمع

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٤/٣٩٠.

(٢) ينظر: الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا).

(٣) الأعشى الكبير واسمه «ميمون بن قيس»، ينظر: ديوانه: ٢٦٣، وروايته في الديوان:
«يا جارتي بيني فإنك طالقه ... كذلك أمور الناس غادٍ وطارقه»
وقد ذكر هذا المعنى الخطابي في المعالم استدلالًا به: ٣/٧٨٥، ٧٨٧.

(٤) في المخطوط: (مقال).




الحسن عن سمرة شيئًا إنما هو صحيفة وقعت إليه[1].

وقال غيره[2]: سمع الحسن عن سمرة حديث العقيقة فحسب.

وأمّا الخبر الثاني: فقد قيل: عبد الملك بن أبي سليمان لين الحديث[3].

وقال الشافعي[4] ـ رضي الله عنه ـ: يخاف أن لا يكون محفوظًا.

وعن شعبة أنه أنكر هذا الحديث وقال: إن روى عبد الملك مثل هذا حديثًا تركتُ حديثه.

وإن ثبت فنحمله على الشريك لقوله: «إذا كان طريقهما واحدًا».

قال ذلك لأن الطريق [١٥٨/أ] إنما يكون واحدًا على الحقيقة في [المشاع دون المقسوم.

وأمّا حديث أبي رافع [فقد تكلم أهل الحديث فيه، واضطربت الرواية فيه فقال بعضهم: عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

وقال بعضهم: عن أبيه عن أبي رافع.

وأرسله بعضهم وقال: فيه قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد][5].

وأمّا خبر أبي سعيد والشريد على ما ذكروا فلا يثبتان أصلًا.

---

(١) قاله الخطابي في المعالم: ٣/٧٨٧.
(٢) قاله الخطابي في المعالم.
(٣) قاله الخطابي في المعالم: ٣/٧٨٨.
(٤) ينظر: حاشية (٢).
(٥) ما بين القوسين نقلًا من المعالم: ٣/٧٨٧.




وأمّا الأخبار التي رويت في نفي الشفعة إلّا للشريك فأخبار صحاح وليس لأحد فيها مقال[١].

وقد روى أبو داود بالإسناد الذي بيّنا عن جابر قال: «إنما جعل رسول الله ـ صلى الله عليه ـ الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٢].

وروى أيضًا بإسناده عن ابن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه: «إذا قُسمت الأرض وحُدّت فلا شفعة فيها»[٣].

وتأويلهم الأول ليس بشيء؛ لأن الخبر يقتضي نفي الشفعة في آخر الخبر لما أثبتها في أول الحديث، وذلك الشفعة بالبيع، وهذا التأويل لا يقوله إلّا مجازف.

وأمّا قولهم: «إنه محمول على الجار المقابل».

قلنا: في الخبر نفي الشفعة بالقسمة، ومعلوم أن الجار الملاصق يبقى جارًا بعد القسمة، وعلى هذا أكثر القسمة فإن الشريك يصير بعد القسمة جارًا ملاصقًا وقد كان شريكًا من قبل.

فأمّا ذكر صرف الطرق فالمراد منه هو الطريق في المشاع؛ وذلك لأن الطريق قد يكون في المشاع شائعًا بين الشريكين قبل القسمة وكل واحدٍ يدخل من حيث شاء ويتوصل إلى حقه من الجهات كلها، فإذا قسم العقار

(١) قاله الخطابي في المعالم: ٧٨٧/٣.
(٢) ينظر: سنن أبي داود: ٧٨٤/٣ مع المعالم، باب في الشفعة.
(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٧٨٥/٣ مع المعالم، باب في الشفعة.




بينهم مُنع كل واحد منهم أن يتطرّق شيئًا من حق صاحبه وأن يدخل في ملكه إلّا من حيث جعل له فمعنى صرف الطرق هذا.

وقد قيل: إن صرف الطرق مذكور على العادات ؛ لأن العادة أن الحدود إذا ضُربت صُرفت الطرق فذكر على ذلك ؛ لأنه شرط النفي للشفعة وقد يوجد صرف الحدود وصرف الطرق والجوار على التلاصق، فهذا وجه الكلام في الأخبار والمعتمد هذا.

ومَنْ سَلَكَ طريق المعنى فيسهل جدًا ؛ لأن استحقاق الإنسان مال الغير وتملكه عليه خارج عن قواعد الشرع وقوانينه، وإن ثبت للشريك فهو مسلم للإجماع أو للنص.

وأمّا الجار فلا حق له فوجب الرجوع إلى القاعدة الكلية في الشرع: وهو أن تملك مال الغير بغير رضاه لا يجوز.

وقد قال رسول الله ـ ﷺ: «كل امرئ أحق بماله من ولده ووالده والناس أجمعين»(١).

ولأن الجوار ليس بسببٍ لاستحقاق حقٍ ما على الجار، واستحقاق مال الغير بلا سببٍ باطل.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بالأخبار التي قدمناها، وقد ذكرنا الكلام عليها، ومن جهة المعنى قالوا: الشفعة وجبت للشريك بعلة الضرر، ونعني «بالضرر» سوء

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٤/٢٣٦.

المشاركة وأذى الصحبة، والشرع قد أوجب دفع الضرر ما أمكن، ووجه دفع الضرر: أخذ الشقص بالشفعة وتملّك نصيبه عليه إلّا أنهما ما داما أصلين لا تجب الشفعة؛ لأنه ليس إيجابهما لأحدهما بأولى من إيجابها للآخر، فإذا صار أحد الشريكين دخيلًا ترجح حق الآخر عليه؛ لكونه أصيلًا، فثبت له الأخذ لدفع ضرره.

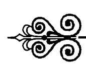
وهذا المعنى بعينه موجود في الجار؛ لأن أذى المجاورة معهودة في العادة مثل أذى المشاركة.

وتحريرهم: وهو أن الجار خائف ضرره على وجه الدوام بجهةٍ معهودةٍ عرفًا فثبت له حق الشفعة فيما اشتراه.

دليله: إذا كان شريكًا.

قالوا: وليس كالجار المقابل؛ لأنه لا ضرر هناك فإن الطريق حاجز وأيضًا فإن الجار الملاصق كالشريك من حيث إن الأذى باتصال المِلك بالمِلك بخلاف الجار المقابل فإنه لا يخاف أذاه باتصال مِلكه بملكه فلم يشبه الشريك فلم تجب له الشفعة.

قالوا: وليس كالمنقول؛ لأن الضرر في المنقول وإن تصور لكنه يمكنه دفعه ببيعه نصيبه وليس في بيعه نصيبه كثير ضرر؛ لأن المنقول لا يشترى لِيُقْتَنى ولا يملك لِيُمْسَك، بخلاف العقار فتحقق الضرر في مسألتنا من حيث إنه لا يمكنه الخلاص عن ضرره إلا ببيع ما اشتراه للقِنية وبيع ما اشتراه للقِنية والإمساك ضرر عظيم، ولا يمكن تكليفه الصبر على هذا الضرر؛ لأن فيه إضرارًا بالأصيل بسبب الدخيل، وحفظ جانب الأصل أولى بدفع الضرر




عنه، فتعين أخذ ما اشتراه بالثمن الذي اشتراه به [١٥٨/ب] وليس في أخذه كثير ضرر يلحق المشتري؛ لأنه يوفّر عليه الثمن الذي اشتراه به ويعيده إلى رأس ماله الذي نقده، فغاية ما في الباب أن يصير كأنه لم يشتر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه يدفع ضَرَرَه بالمرافعة إلى القاضي؛ لأن الحاجة إلى المرافعة إلى القاضي ضرر، وربما لا يندفع أيضًا، والضرر لا يدفع بالضرر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه لو ثبت حق الشفعة للجار لوجب أن يزاحم الشريك كصاحب النصيب القليل مع صاحب النصيب الكثير؛ وذلك لأن حق الشفعة للجار عندنا واجب، إلّا أن يقدم عليه الشريك لقوة سببه.

ويجوز أن يقدم حق على حق ولا يدل التقديم على السقوط.

ألا ترى أن الأخ للأب والأم يقدم على الأخ من الأب ولا يدل ذلك على سقوط إرثه أصلًا، كذلك ههنا.

وبيان قوة سبب الشريك: هو أن الضرر الذي يلحقه من شريكه أكثر من الضرر الذي يلحقه من الجار لوجود الحاجز من الحائط بين الجارين وعدمه في الشريكين.

۞ الجواب:

إن الأصح عندنا أن إيجاب الشفعة للشريك غير معللٍ، وإنما هو بالنص أو الإجماع؛ لأنها إن عُلّلت باتصال المِلك بالمِلك فليس في اتصال الملك دليل على وجوب الشفعة، وإن عُلّل بالضرر فنفس الأخذ ضرر على المشتري،



والضرر لا يدفع بالضرر.

وقولهم: «هذا دخيل وهذا أصيل».

قلنا: ليس في صفة الدخيلية معنىً يوجب أخذه ملكه، ولا في صفة الأصيلية معنىً يوجب استحقاقه ملكه؛ وهذا لأنه وإن كان دخيلًا، ولكن إنما انتقل إليه الملك الذي كان للبائع وحين كان للبائع لم يكن لأحد فيه حق التملك فإذا انتقل إلى المشتري يوجب أن يكون كذلك أيضًا، وعلى أن الضرر الذي قلتم يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان حين يدفع ظلمه ولا ضرورة في استحقاقه ملكه.

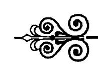
وقولهم: «إن المرافعة ضرر».

قلنا: المرافعة لدفع الضرر ودفع الضرر قط لا يُعَدّ ضررًا.

وقد قال الأصحاب: إن عللنا الأخذ بالشفعة بالضرر فهو ضرر مؤونة المقاسمة.

ويمكن الجمع بين هذا المعنى، والمعنى الذي قالوه؛ لأنه يخاف الأذى من الشريك فيحتاج إلى المقاسمة، وللمقاسمة مؤونة تلحقه فيأخذ بالشفعة لدفع هذه المؤونة.

يبينه: أن اعتبار هذا الضرر أولى من الضرر الذي قلتم؛ لأن ذلك الضرر يمكن دفعه بغير التملك بالشفعة وذلك بما ذكرنا من المرافعة إلى السلطان؛ ولأنه رجل ورجل فإذا ضارّ يضارّه وإذا آذاه يؤذيه وإذا مَاكَرَهُ يُماكِرُه.




وأمّا الضرر الذي قلناه فلا يمكن ولا يتصور دفعه إلّا بالأخذ بالشفعة.

فإن قالوا: هذا الضرر الذي قلتم لا يُعَدّ ضررًا؛ لأنه حق مستحق شرعًا فلا يُعَدّ ضررًا ليثبت لأجله حق التملك الذي قالوه.

ولأن هذا يبطل بدار بين ثلاثة نفر لأحدهم ثُلثها وللآخر نِصفها وللآخر سُدسُها باع صاحب الثُلث نصيبه فإنه يثبت لصاحب النِصف أخذه بالشفعة، ولا يتخلص من مؤونة القسمة بأخذه بل تزداد مؤونة المقاسمة.

قلنا: أمّا قولكم: «إنه حق مستحق شرعًا».

قلنا: مستحق شرعًا بجملة من مساوٍ له في الملك، فأما من دخيل لا يساويه فلا، وعلى أنا إذا أثبتنا له حق الأخذ بالشفعة ذَهَبَ الاستحقاق الذي قالوه، والسؤال مشكل.

«وأمّا المسألة التي أوردوا ههنا».

قلنا: هو بالأخذ يتخلص عن المؤونة التي تلحقه من جهة المالك الثُلث وبقي ما يلحقه من جهة الشريك الثالث فقد تخلّص من إحدى المؤونتين.

وقد بينّا أن الشفعة لدفع هذا الضرر، وقد تحقق في هذا الموضع دفع الضرر.

وقولهم: «إن حال الجار بمنزلة حال الشريك».

فمحال؛ لأن الشركة سبب لمواجب شرعية بدليل إيجاب القسمة، والمنع من التصرف بخلاف الجوار فإنه ليس بسببٍ لوجوب حقٍ ما.




إنما غاية ما في الباب أنه يجب ألا يؤذيه، وهذا واجب في حق كل الناس إلّا أن الشرع خص الجار بالزجر عن أذاه؛ لأن في العادة أن الجار أمكنُ من أذى الجار منه من أذى غيره.

ولهذا المعنى قدّم عليه الشريك عندهم، فثبت أنه لا يساويه، وإيجاب الشفعة غير مُعلّلٍ على الصحيح من الطريقين، فاختص بموضع النص، ولم يُلحق به الجار الذي لايساويه، كما لا يُلحق الجار المقابل بالجار الملاصق عندهم؛ لأنه لا يساويه، والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

تجب الشفعة عندنا في الشقص المهور، وكذلك إذا جعله بدلًا في الخلع والصلح عن [١٥٩/أ] دم العمد أو جُعْلًا في الإجارة(١).

وعندهم: لا شفعة في شيء من هذه العقود(٢).

❖ لنا:

أنه شقص مملوك بعوضٍ فتجب فيه الشفعة، كما لو ملك بالبيع؛ وهذا لأن الشفعة وجبت في المملوك بالبيع؛ لا لأنه عقد بيع لأنه ليس في كونه بيعًا معنًى يوجب الشفعة بل تجب لأنه شقص مملوك بعوضٍ.

---

(١) المهذب: ٤٩٨/١، النكت: ورقة: ١٧٧/ب، الحاوي الكبير: ٢٣٢/٧.

(٢) ينظر: الأسرار: ١٧٤/١/ب (مراد ملا)، مختصر القدوري: ٣٥٨/١، ٣٥٩، مختصر الطحاوي: ١٢١.

والدليل على أن المعنى هذا: أن حقيقة الشفعة استحقاق ملك لدفع ضرر، فإذا تحقق الضرر وأمكن إيجابُها نوجبُها وقد تحقق الضرر في هذه المسائل؛ لأنه إن لم يتحقق الضرر في هذه الصورة لا يتحقق أيضًا في البيع، وإنما قلنا: إن الإيجاب ممكن؛ لأنه لما ملك بعوضٍ فقد أمكن الأخذ؛ لأنه يأخذه بمثل العوض إن كان له مثل، وإن لم يكن له مثل يأخذه بقيمة العوض، كما لو باع شقصًا بعبدٍ أو ثوبٍ فإن الشفيع يأخذه بقيمة العبد أو الثوب، والعوض في مسألتنا متقوم؛ لأن عوض الشقص هو منافع البُضع وهي متقومة بدليل تقوّمها بالعقد الصحيح والفاسد؛ ولأن منافع البُضع أعزّ من كثير من الأموال، وحرمتها أكثر وأوفر، فإذا تقوّمت الأعيان فلأن يتقوّم منافع البُضع أولى، وكذلك في سائر منافع البدن، وكذلك دم العمد، وقد ذكرنا الدليل على هذا في كتاب النكاح والغصب.

وإذا ثبت التقوّم ثبت إمكان الأخذ فأشبه إذا ملك البيع.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: شقص مملوك لا في مقابلة مالٍ فلم تجب فيه الشفعة، كما لو ملك بالهبة.

وتحقيقهم: أن حقيقة الشفعة تملّك الشقص بمثل ما يملكه به صاحبه فلابد أن يكون التملك حاصلًا بمالٍ مثل، حتى يمكن إيجاب الشفعة والمنافع لا مثل لها، وقد ذكرنا هذا في كتاب الغصب وكذلك منافع البُضع غير متقومة في الأصل، وإنما تقوّمت نصًا في مواضع مخصوصة؛ وهذا لأن منافع البُضع جعلت كأجزاء الآدمي، وأجزاء الآدمي غير متقوّمة في الأصل، كذلك منافع البُضع.




وإذا ثبت أنها غير متقوّمة في الأصل فات شرط الأخذ فلم يوجد.

وخرّج على هذا إذا مَلَكَ بعبدٍ أو ثوبٍ؛ ولأن إيجاب الشفعة لا يمكن إلّا مع اعتبار الجهة التي وجبت الشفعة بها، ومعنى اعتبار الجهة: هو أن يكون وجوبها بجهة يطلب بها المال؛ لتكون جهة الأخذ بالشفعة مساوية للجهة الموجبة للشفعة، وهذا لا يوجد في مسألتنا؛ لأن النكاح لا يطلب بها المال، بل المطلوب من النكاح السكن والإلفة، وإنما المال تبع العرض في الابتداء، فإن مَنْ أراد أن يتزوج على شقصٍ لا يستحب، ولهذا المعنى لا يستحب فيه عرضه على الجار ليكون صداقًا لابنته بخلاف البيع.

وربما يقولون: إن الأخذ بالشفعة في الانتهاء واجب ليكون بدلًا عن العرض المستحق في الابتداء فلا يجب إلّا في موضع يستحق العرض في الابتداء.

وقد قال مشايخهم: إن البُضع لا يقوّم إلّا على عاقدٍ أو مُتلفٍ، والشفيع ليس بعاقدٍ ولا مُتلفٍ فلا يجوز تقويمه عليه، كما لا يجوز تقويمه على الغاصب.

۞ الجواب:

أما الفصل الأول:

قلنا: قولكم: «مملوك لا في مقابلة مال».

قلنا: كونه مملوكًا في مقابلة عوضٍ كافٍ[1] لوجوب الشفعة؛ لأن هذا

---

(١) في المخطوط: كافي.

القدر أمكن الإيجاب على سبق.

والحرف: أنه إذا ملك بعوض عقدًا لا بُدَّ، وأن يكون متقومًا، وإذا كان متقومًا أمكن الإيجاب.

وعلى أن ما قالوه، فهو كلام بنوه على مذهبهم.

وعندنا: أن منافع البُضع متقومة في الأصل على ما بيّنا في كتاب النكاح، وإذا كانت متقومة فتكون قيمة المنافع مثلًا لها معنى، كما تكون الدراهم والدنانير مثلًا للعبد والثوب معنًى.

وأمّا الطريقة الثانية:

قلنا: قد وجدت المماثلة جهة؛ لأن الشقص ملك بعوض والتملك من الشفيع حاصل بعوض.

وأمّا قولهم: «لا يطلب المال بالنكاح».

قلنا: من جانب المرأة مطلوب، وقد وصل إليها قيمة بُضعها؛ لأن عندنا يوجب الشقص بمهر مثلها.

أمّا في جانب الزوج فالنكاح قائم وملكه في البُضع على ما ثبت في ابتداء العقد ولا يمسُّه أخذ الشقص بالشفعة بحال، والله أعلم بالصواب.





※ (مَسْألة):

إذا وجبت الشفعة للجماعة فإنها تقسم بينهم على مقادير أنصبائهم في أحد قولي الشافعي[1].

وفي قول الآخر تقسم بينهم على عدد الرؤوس[2]، وهو قول أبي حنيفة[3] واختيار المزني[4].

والأصح هو القول الأول[5].

ووجه ذلك أن [١٥٩/ب] الشفعة حق الملك فيقسم بين الشركاء على قَدْر الملك.

دليله: الغلّات والأرباح.

ودليله: شِرب الأراضي.

ويمكن أن يقال مَرفِق الملك بدليل أن الرِّفق اسم النفع وهذا الحق واحد ينتفع بسبب ملكه، ألا ترى أنه متى كمل ملكه كمل منافعه ومرافقه بداره.

---

(١) المهذب: ١/٥٠٠، النكت: ورقة ١٧٧/ب، الحاوي: ٧/٢٦، روضة الطالبين: ٥/١٠٠.

(٢) المهذب: ١/٥٠٠، النكت: ورقة ١٧٧/ب، الحاوي: ٧/٢٥٦، روضة الطالبين: ٥/١٠٠.

(٣) الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٢١، مختصر القدوري: ١/٣٦٣ مع الجوهرة النيرة، إيثار الإنصاف: ٣٣٢.

(٤) المهذب: ١/٥٠٠، الحاوي: ٧/٢٥٧.

(٥) الحاوي: ٧/٢٥٦، وقال الماوردي: «قاله في الجديد وهو الصحيح».
وقال النووي في الروضة: «وهو أظهرهما»: ٥/١٠٠.

والأول أحسن.

والدليل على أنها حق الملك أن الشفعة حق من الحقوق، وإنما استحقه الشفيع بملك نصيبه، فثبت قطعًا أنه حق ملك.

وعلى أنا نعني بقولنا: «إنه حق ملكه» إنه يستحقه بملكه.

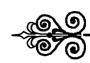
وإذا ثبت أنه حق الملك فنقول:

مَنْ كثر ملكه كثر حق ملكه وَمَنْ قلّ ملكه قلّ حق ملكه؛ وهذا لأن حقوق الملك أتباع الملك وفروعه، فإذا كثرت الأصول كثرت الأتباع والفروع، وإذا قلّت الأصول قلّت الفروع، بل تعتبر الفوائد الحكمية بالفوائد الحاصلة بالأفعال الحسّية، ومعلوم أن ما يحصل بالأفعال الحسّية من الأملاك فإنها تقسم بين الشركاء على مقادير الأفعال الحسّية بدليل الفُرسان مع الرَّجَالة في الغنائم، فإنها تقسم بينهم على التفاضل لتفاضل أفعالهم الحسية فإن مَنْ كانت آلته أكثر كانت أفعاله أكثر، وإذا كانت أفعاله أكثر كانت فوائد أفعاله أكثر، كذلك الفوائد الحاصلة بالأسباب الحكمية وجب أن يكون كذلك فمَنْ كان سببه أكثر كانت فوائده أكثر وإصابته أوفر، وهذا حرف معتمد.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: استووا في سبب الاستحقاق فيستوون في الاستحقاق كما لو استووا في الأنصباء.

وإنما قلنا: «استووا في سبب الاستحقاق»؛ لأن الشفعة حق مستحق بأصل الملك لا بقدر الملك بدليل أن مَنْ قلّ نصيبه يستحق الشفعة عند

الانفراد في نصيب مَنْ كثر نصيبه مثل مَنْ كثر نصيبه يستحق الشفعة على مَنْ قلّ نصيبه، وصورته:

إذا كانت دارًا بين اثنين لأحدهما سهم من عشرة أسهم والباقي للآخر فأيّهما باع نصيبَه استحقه الآخر؛ وهذا لأن الشفعة حق واجب لدفع ضرر عن الملك أو لضم ملكٍ إلى ملكٍ ليتم له مرافق الملك فيستوي فيه مَنْ كثر فيه نصيبه وَمَنْ قلّ نصيبه، كالمنع من التصرف لما ثبت لدفع الضرر عن الملك والمطالبة بالقسمة لما ثبت لإفراد مَرفِق الملك استوى في ذلك مَنْ قَلّ نصيبه وكثر نصيبه.

وقال أبو زيد[1]:

(نفس الشركة علة استحقاق الشفعة بدليل ما بيّنا فالزيادة في الشركة تصير علة أخرى مثل الأولى لذلك الحكم بعينه، وهو استحقاق المبيع فلا يزداد له الاستحقاق بزيادة العلة في ذلك الحكم بعينه؛ لأن المستحق بعلة لا يتصور أن يستحق بعلة أخرى غير الأولى، لأنه واحد)[2]، وصار هذا بمنزلة شاهدين شهدا له بشيءٍ وأربعة شهدوا لصاحبه يستويان؛ لأن شهادة شاهدين علة تامة في الاستحقاق فلم يزد الاستحقاق بزيادة العلة، (وكذلك مَنْ جرح إنسانًا جراحةً واحدةً وجرحه آخر عشر جراحات ومات المجروح استويا في الضمان الواجب؛ لأن الجرح علة تامة في الموت وإن كان واحدًا فزيادة الجرح يكون زيادة علة على علة صاحبه فلم يوجب زيادة ضمان، وكذلك منْ يحتج بآية واحدة والآخر يحتج بآيتين يستويان، وكذلك في الخبر.

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا).
(٢) ما بين القوسين نقلا من الأسرار: ١٧٤/أ (مراد ملا).

قالوا: وليس كالغلة؛ لأنها تجب بدلًا للمنفعة فتقدر بقدر الأصل؛ وهذا لأن ما يقابل هذا الجزء من الثمن لا يقابل الجزء الآخر إنما يقابل غيره فلم تجتمع العلتان في محل واحد بل كل(١) واحدةٍ في محلٍ على حِدة)(٢).

قالوا: وأمّا الثمار والأولاد فأشياء متولدة من الأصل فيكون بقدر الأصل، فإن ثُلثَ الشجرة لا يُولّد إلا ثلث الثمرة والثلثان يُولّد ثلثين آخرين.

وأمّا الشرب فاستحقاقه بحاجة الأرض فيكون حق هذه الأرض غير حق الأرض الأخرى؛ لأن الحاجة تختلف فالحق يختلف.

قالوا: وقولكم: «إنه حق الملك».

قلنا: لا نسلم أنه حق الملك؛ لأن محل الملك هو البقعة وهذا الشقص جزء من البقعة مثل الجزء الذي هو لصاحبه وإذا كان جزءًا من البقعة لا يكون حقًا له بل هو حق المالك بعلة الشركة لدفع ضرر الدخيل، فهذا سر المسألة.

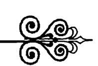
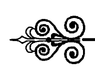
قالوا: «وأمّا قولكم هو مرفق».

قلنا: بلى هو مَرفِقٌ لكن لا من حيث التولد من الأصل حكمًا باعتبار ورود العقد عليه مثل الغلة، ولا أيضًا يتولد من ذاته مثل الولد والثمرة، بل هو مَرفِقُ الملك من حيث إن ملك الأصل علة، وثبوت حق التملك بالمبيع حكم له، ثم الملك يتولد من الثمن الذي يعطيه، وإذا صار مَرفِقًا من حيث حكم العلة لم تؤثر فيه زيادة [١٦٠/أ] العلة على ما بينا.

---

(١) في المخطوط (كان) والتصويب من الأسرار.

(٢) ما بين القوسين نقلا من الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا).

وإذا ازدحموا في محلٍ واحدٍ وتضايق المحل عنها استووا.

(قالوا: ولا يلزم الغنيمة؛ لأن القهر والاستيلاء فعل حسي في محلٍ، والمصاب يتفاوت الإصابة، ومعلوم أن إصابة الفُرسان أكثر من إصابة الرَّجَالة فهو كما لو رمى رجلان فأصاب أحدهما رجلًا والآخر أصاب رجلين تفاوتا في الضمان لتفاوتهما في الجرح والمجروح.

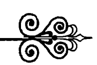
وأمّا في مسألتنا فالمحل هو المبيع قلّ أو كثر وكل نصيب وإن قلّ فهو علة تامة في استحقاق كله ولا يزداد المحل بازدياد النصيب فهو كالجراحات في شخصٍ واحدٍ والمصاب منه هو الحياة، وكل جرحٍ علة تامة في إصابتها فَلَغَتْ زيادة الجرح، كذلك ههنا تلغو زيادة النصيب؛ ولأن عناء الراجل غير عناء الفارس فلم يشتركا في أصل العلة، وههنا اشتركا في أصل العلة؛ لأن أصل العلة هو الملك)[1].

قالوا: ولا يلزم إذا مات الرجل عن بنتٍ وأخٍ وأختٍ حيث يتفاضلون في الاستحقاق وإن كان كل واحد لو انفرد استحق جميع الباقي؛ لأن في تلك المسألة، قد اختلفت العُصوبة؛ لأن العُصوبة بالبنت غير العُصوبة بالأخ، وعلة الاستحقاق العُصوبة، وقد جعل الشرع العُصوبة بالبنت علة لاستحقاق الباقي، وجعل العُصوبة بالأخ علة لاستحقاق نصف ما يستحقه الأخ فكان التفاوت للتفاوت في نفس العلة بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قال أبو زيد[2]:

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/١٧٤/ب (مراد ملا).

(٢) ينظر: الأسرار: ١/١٧٤/ب (مراد ملا).

(نحن علّلنا لإلغاء علة تنضم إلى علةٍ بحكمٍ واحدٍ في إيجاب زيادةٍ، فالأخ ما استحق الزيادة بانضمام علة إلى علةٍ فلم يكن من هذا الجنس.

قالوا: ولا يلزم العبد إذا فقأ عين رجل خطأ، وقتل آخر خطأ وَدُفِعَ لهما حيث يكون أثلاثًا، وإن كان كل واحدٍ يستحق الجميع عند الانفراد؛ لأنه يأخذه بدلًا عما فات بالجناية مقابلًا إياه فيتقدر بقدره عند المزاحمة بحكم المقابلة لا بزيادة علةٍ؛ ولأن القتل غير الجرح فلم يستويا في أصل العلة)[1] وقد ألزم المزني مسألة على أصل الشافعي - رضي الله عنه - وهو أن العبد لو كان لثلاثة نفرٍ لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه ولآخر سدسه اعتق صاحبُ الثُّلثِ والسُّدسِ نصيبهما يضمنان نصيب صاحب النصف على السوية، ولا يتفاوت الضمان بتفاوت مَا لَهما من النصيب.

❁ **الجواب:**

قولهم: «استووا في سبب الاستحقاق».

لا نسلم، وهل وقع النزاع إلّا في هذا؟.

أمّا قولهم: «إن سبب استحقاق الشفعة أصل الملك لا قدر الملك».

قلنا: قد بينا أن الشفعة حق الملك، أو مَرفِق من مَرَافِق الملك وإذا كان كذلك فلا يجوز أن يقال: أنه يستحق بأصل الملك ويُعرض عن القدر ولا يعتبر بحالٍ.

وأمّا قولهم: «إن صاحب القليل يأخذ جميع صاحب الكثير ولا يأخذ

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١٧٤/١/ب (مراد ملا).

بقدر ملكه».

قلنا: إنما كان كذلك بعارض دليلٍ: وهو أن الشفعة وجبت لدفع ضرر الدخيل ولا يندفع إلّا بأخذ الكل فثبت له أخذ الكل ؛ لأن الفائدة لا تحصل بدونه.

وأمّا في مسألتنا قد اندفع ضرر الدخيل بإيجاب الشفعة للشركاء وإنما الكلام في قسمة الشقص فيما بينهم فيرجع إلى أن الشفعة في نفسها حق الملك أو مَرفِق الملك فتكون القسمة بقدر الملك.

يبينه: أنه لا شركة بين الشفيع والدخيل في الشفعة والتفاوت في القدر إنما يظهر بين الشركاء في الشيء فعند القسمة يظهر التفاوت ، أمّا عند إيجاب أصل الحق فلا.

والحرف: أن ملك النصيب علة ثبوت الأخذ لكل المبيع بالوجه الذي بيّنا ، والتفاوت بين الشركاء غيرِ ثابتٍ بهذه العلة ، ولكن بعلة أن المأخوذ مَرفِق ملكه فوجب التفاوت بينهم لحق المرفق ؛ لأنهم أصحاب الأصول الجالبة لهذه المرافق فكان المرفق بقدر الأصول إذا وقعت القسمة بين أصحاب الأصول.

والدليل على أن الواجب مَرفِق ملكه أن الرِّفق اسم للنفع ، وهذا الحق أحد ما ينتفع به بسبب ملكه ، ألا ترى أنه يكمل له الملك في البقعة فيكمل منافعه ومرافقه.

وهم يقولون: إن الشفيع لا يأخذ المبيع من حيث إنه حق ملكه أو مرفق

ملكه شرعًا، بل يصير بملكه القديم أحق من الدخيل بالمبيع فيكون معنى قول القائل: «حق ملكه» أيّ الحق له وهو كونه أحق به من الدخيل، وكذلك هذا هو المعنى بالمِرفَق فأما أن يكون حقًا أو مِرفقًا مثل سائر الحقوق والمرافق فلا.

يبينه: أنكم سلمتم أن أصل الملك سبب لوجوب الشفعة في جميع المبيع [١٦٠/ب] عند الانفراد، وعند الاجتماع، وقد وجد هذا السبب لكل واحدٍ من الشركاء، فقد استووا في السبب، فعند المزاحمة يستوون أيضًا.

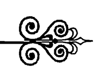
والدليل على أن الحق قد ثبت لكل واحدٍ في جميع المبيع عند الاجتماع أن بعضهم لو ترك حقه يكون للباقين أن يأخذوا، ولو ترك كلهم وبقي واحد فلذلك الواحد أن يأخذ جميع المبيع، ونحن نقول إن الثابت حق الملك أو مَرفِق الملك.

قولهم: «إن الثابت له كونه أحق بالمبيع من الدخيل».

قلنا: هذا هو حق الملك؛ لأنه يأخذ بسببه؛ ولأن الأخذ يثبت ملكُه في المأخوذ، والمأخوذ يصلح أن يكون حقًا أو مَرفِقًا فصار بملك الشقص حقًا لملكه وهو مَرفِق أيضًا؛ لأنه إتمام ملكه في البقعة على ما سبق.

وقولهم: «إنه يثبت لكل واحدٍ جميع الشفعة»، قلنا: نعم، بتقدير الانفراد، فأمّا عند الاجتماع فحق كل واحد بقدر ملكه.

ونظيره: الفُرسان مع الرّجَالة يثبت لكل فريق الحق في جميع الغنيمة بتقدير الانفراد، ولهذا لو أعرض أحد الفريقين عن الغنيمة تكون جميعًا للفريق




الآخر مثل مسألتنا سواء، ومع ذلك عند الاجتماع ينظر: إلى قدر العَنَاء، كذلك ههنا عند الانفراد يثبت الحق في الجميع، وعند الاجتماع يقسم على قدر الملك.

وخرج على ما قلنا مسألة الجراحة؛ لأن الكلام في مرافق الملك وحقوقه، وعلى أن الجراحة عملها في الباطن فلا يمكن الوقوف على مقادير أعمال الجراحات، وربما يهلك بجراحةٍ واحدةٍ ويسلم مع جراحات كثيرة، فأعرض الشرعُ عن عدد الجراحات واعتبر عدد الجارحين لهذا المعنى.

وأمّا ههنا لا ضرورة في الإعراض على مقادير الأملاك عند القسمة فلا يعرض، وأمّا المسألة التي ألزمها المزني فقد منعوا.

وعلى أن الضمان وجب باعتبار الإتلاف فصار كالجناية المتلفة حقيقة من الجراحات، وقد ذكرنا وجه الجواب عن ذلك، والأولى هو المنع، والمسألة في نهاية الإشكال وما ذكرنا هو الكلام بقدر الإمكان، والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْألة):

المشتري إذا بنى في الشقص المشفوع لم يكن للشفيع أن ينقضه مجانًا لكن يقال له إن شئت خذه بقيمته وإن شئت فدع الشفعة[1].

وعند أبي حنيفة ومحمد: ينقضه مجانًا[2].

---

(١) النكت: ورقة ١٧٨/أ، الحاوي الكبير: ٢٦٧/٧، روضة الطالبين: ٩٤/٥.
وهو رواية عن أبي يوسف ذكرها الطحاوي في المختصر: ١٢٣.

(٢) الأسرار: ١٧٥/١/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٢٣.

ولابد للمسألة من صورة معينة، فإن عندنا لا تجب الشفعة إلّا في البقعة المشتركة، وأحد الشريكين إذا بنى في البقعة المشتركة فللشريك الآخر أن يمنعه من ذلك، وإن بنى ينقضه.

فصورة المسألة: أن يكون باع الشقص بثمنٍ إلى أجلٍ، ورضى الشفيع أن يصبر إلى أن يحل الأجل، ثم حينئذ يطالب بالشفعة، فَقَبْلَ أن يَحُل الأجل قاسم المشتري مع الشفيع ثم بنى.

وصورة ثانية: وهو أن يغيب أحد الشريكين وَيُوكِّل وكيلًا بالقسمة ثم إن الشريك الحاضر باع نصيبه، فَقَبْل أن يصل الخبر إلى الغائب قاسم هو ووكيله مع المشتري وبنى المشتري ثم وصل الخبر إلى الغائب يطالب بالشفعة.

❊ **لنا:**

أن المشتري بانٍ بحق فلا يُنقض بناؤه عليه مجانًا.

دليله: إذا لم يكن للبقعة شفيع؛ وهذا لأن حق الحق أن يقر عليه فاعله، وحق الباطل أن يُنقضَ على فاعله، ودليل أنه بانٍ بحق أنه يبني في ملكه الذي لا حق لأحد فيه سواه.

فإن قالوا: «للشفيع فيه حق».

قلنا: للشفيع حق الأخذ وهو التملك فقبل أن يأخذ ويتملك لا حق له في المأخوذ، ولهذا جاز له البناء ولا إثم عليه، وكذلك يصح فيه كل تصرفاته

= وقال الطحاوي: «وهو الصحيح عند أبي يوسف وبه نأخذ».
مختصر القدوري: ١/٣٦٥ مع الجوهرة.




من البيع والرهن والإجارة والهبة وغير ذلك ولو كان حق الشفيع ثابتًا في البقعة وجب أن لا تصح تصرفاته ؛ لأنه يكون متصرفًا في محل حق الغير فلا يجوز كالمالك إذا تصرف في البقعة المرهونة أو في البقعة المستأجَرة.

وتحقيق المسألة: أن شرط أخذ الشفيع أن لا يضر بالدخيل، ألا ترى أنه لا يأخذ المشتري إلّا بالثمن الذي قام عليه، وإذا قلنا إنه يُنقَضُ عليه بناؤه أضررنا به ضررًا عظيمًا فلم يجز له الأخذ إلّا بشرط أن يغرم له قيمة بنائه ليكون أخذ الشفعة بشرطها.

يبينه: أنه لو جاز أن يُنقض عليه بناؤه مجانًا ليصل إلى الشقص فجاز أن يعرض عن نقد الثمن ويأخذ الشقص فلما لم يجز له نقض شرائه إلّا بما قام عليه، كذلك لا يجوز نقض بنائه مجانًا، والحرف ما بيّنا.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: تصرف من المشتري يُؤدّي إلى إبطال حق الشفيع فيجوز للشفيع أن ينقضه عليه مجانًا.

دليله: إذا باع الشقص أو وهبه، [١٦١/أ] وهذا لأن المشتري ممنوع شرعًا عن كل تصرف يُؤدّي إلى إبطال حق الشفيع صيانة لحقه عن الفوات والبطلان وإنما قلنا إن «هذا تصرف يُؤدّي إلى إبطال حقه» ؛ لأنه استحق أن يأخذ الشقص بالشفعة من المشتري بالثمن الذي سمّى في العقد بلا زيادة وههنا لا يمكن أن يأخذ به إلّا بعد أن يغرم قيمة البناء زيادة على الثمن.

والحرف: أن الشرع مكّنه من الوصول إلى الشقص بذلك القدر وقد



فات الوصول لما بيّناه على ما زعمتم.

قالوا: وأمّا الضرر الذي يلحق المشتري في نقض بنائه عليه مجانًا فهو شيء عمله بنفسه؛ لأنه كان ينبغي أن يُقْدِمَ على البناء على أصل صحيح، وإنما أقدم على البناء على أصلٍ فاسدٍ؛ لأنه بنى على تقدير أنه لا تؤخذ البقعة من يده، وهذا طمع كاذب، وتقدير فاسد فيكون في الحقيقة هو الذي جرّ هذا الضرر إلى نفسه فلا يُبالى به، وإن اضطرب من ذلك يقال له: «يداك أَوْكَتَا وفُوكَ نَفَخَ».

وأمّا الضرر الذي يلحق الشفيع ضرر يلحقه من قبل المشتري فيدفع عنه وذلك بنقض البناء عليه، وهذا كما لو باع المشتري الشقص من آخر وربح ربحًا كثيرًا، فإن للشفيع أن ينقض عقده وفي نقض عقده فوات ربحه عليه، وكما أن في نقض بنائه عليه ضرر فإهلاك ربحه عليه وثمن ملكه ضرر، ولكن فعل ذلك للمعنى الذي قدمناه.

وحرفهم: أنه تقابل ضرران، وهذا الضرر الذي يلحق الشفيع أولى بالدفع لما بيّنا.

قالوا: ولا يلزم إذا كان المشتري زرع زرعًا حيث لا يُقْلع عليه زرعه؛ لأنا ننقض عليه بناءَه؛ لأنه لا يصل إلى حقه إلّا بنقض بنائه، وهناك يصل إلى حقه بدون قلع زرعه بأن يصبر إلى أن يدرك الزرع ويحصده ثم يأخذ الموضع بالشفعة.

❁ **الجواب**:

قولهم: «إنه تصرف يُؤدّي إلى إبطال حق الشفيع».



قلنا: لا يُؤدّي ؛ لأن حقه أخذ الشقص بثمنه وهو باقٍ على ما كان ؛ لأنه لا يأخذ الشقص إلّا بثمنه.

وقولهم: «إنه لا يصل إلى الأخذ إلّا بغرامة قيمة البناء».

قلنا: بلى ، ولكن يملك البناء ولا يعد منعًا ، كما أنه لا يصل إلى الشقص إلّا بنقد الثمن ، ولكن قبل تملك الشقص المشفوع في مقابلته فلم يعد منعًا.

قالوا: ربما لا يكون له رغبة في البناء ، وربما لا يكون عنده قيمة البناء ، ثم قالوا: قد كان يأخذ الشقص قبل البناء بمال معلوم ، والآن بعد البناء لا يمكنه أن يأخذ به فقد تحقق إبطال حقه بالبناء بخلاف أصل الأخذ أنه لا يتصور ثبوت أصل الأخذ إلّا بثمن الشقص وما استحق الشفعة في الابتداء إلّا كذلك.

۞ الجواب:

إن إبطال أصل حقه بالبناء لا يمكن إثباته ، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذ ويغرم قيمة البناء له ذلك ، وإنما نهاية ما في الباب أنه لا يتمكن من الأخذ إلّا بزيادة غرم فيكون هذا نوع ضرر يلحقه في الأخذ من غير أن يكون مُنِعَ مِنْ أَخْذٍ وهذا الضرر وإن كان ضررًا ولكن يقابله ضرر آخر وهو الضرر الذي يلحق المشتري بنقض بنائه عليه مجانًا ، ونقض البناء مجانًا معاملة الظلمة ، والمشتري مالك ولا يجوز أن يعامل المالك معاملة الظلمة ، فهذا ضرر عظيم يقابل الضرر الذي صوّروه في جانب الشفيع ، فنقول دفع أعظم الضررين أولى ، والضرر الذي يلحق المشتري أعظم ؛ لأنه يُنقضُ عليه بناؤه ويهلك عليه حقه بلا عوض يجبره ، وأمّا الشفيع يملك مالًا بإزاء بدلٍ يعدله ، وهو



البناء الذي يدخل في ملكه، ومثل هذا لا يعد ضررًا في الشرع بدليل جواز أصل أخذ الشقص من المشتري، وبدليل جواز تملك الأب جارية ابنه عليه بالاستيلاد فتحقق الضرر في جانب المشتري ولم يبق ضرر في جانب الشفيع معنى لما ذكرناه.

وقولهم: «إنه هو الذي أضرّ بنفسه».

قلنا: لم يضر بنفسه.

وقولهم: «إنه بناء على تقدير فاسد».

قلنا: لم يبن على ذلك التقدير وإنما بنى على تقدير أنه إن لم يتفق أخذُ الشفيع يبقى له بناؤه وإذا أخذ يغرم له قيمته فيعود إلى رأس ماله، وهذا مثل أصل الشراء فإنه لا يقال إن المشتري اشترى على تقديرٍ فاسدٍ، وهو أن لا يأخذ الشفيع حقه، ولكن قيل اشترى على تقديرٍ صحيحٍ، وهو أنه إن لم يتفق أخذ الشفيع بقي له الشقص، ولو أخذ يغرم له الثمن، فيعود إلى رأس ماله.

والحرف: أنه في الصورتين حصل فعله لغرضٍ صحيحٍ، وَمَنْ فعل فعلًا لغرضٍ صحيحٍ لا يُعَدّ ضارًا بنفسه.

قال أبو زيد[1]: «الترجيح معنا؛ لأن المشتري قد رضي ببعض الرضا لما بنى مع علمه بأن [١٦٢/ب] للغير حق استحقاق الشفعة.

وأمّا الشفيع ما رضي به أصلًا فيكون ما قبله أولى؛ لأنه رجحان في نفس الضرر.

(١) أي في الأسرار: ١/١٧٥/ب (مراد ملا).




وما قلتم رجحان في بدله، وهذا كلام باطل، ونحن نقول: إن المشتري ما رضي بالضرر أصلًا، وقول القائل: «رضي بعض الرضا»، كلام مجازف، بل كلام عاجز؛ لأن الرضا لا يتبعض، وعلى الطريق الذي ذكرناه قد تبين لكل منصفٍ أنه لم يوجد الرضا بوجهٍ ما.

وأمّا سائر التصرفات فإنما ينقضها؛ لأنها تضمنت إبطال أصل حقه وهو أصل أخذ الشقص من المشتري بالثمن المسمى بخلاف مسألتنا على ما سبق فليس المعنى في نقض البيع الثاني دفع الضرر بدليل أن البيع الثاني لو كان بأقل من الثمن الأول نُقِضَ أيضًا ولا ضرر فيه بل فيه نفع، ولكن المعنى ما بيّنا من قبل، والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة المساقاة):

المعتمد في جواز المساقاة حديث عبيد الله[1] بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ـ صلى الله عليه ـ «عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع...» وهذا الخبر في الصحيحين[2].

وقد تواترت الأخبار أن النبي ـ صلى الله عليه ـ لما فتح خيبر وغلب

---

(١) في المخطوط (عبد الله) والتصويب من صحيح البخاري، وسنن أبي داود، ينظر: حاشية (٢).

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٥/١٠ مع الفتح، باب المزارعة بالشطر ونحوه، ومسلم في صحيحه: ٢٠٨/١٠ مع النووي، كتاب المساقاة والمزارعة، وأبو داود في سننه: ٦٩٦/٣، ٦٩٧، مع المعالم، باب في المساقاة، والدارمي في سننه: ٢٧٠/٢، باب أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر.



على الأرض والزرع والنخل؛ طلب منه أهل خيبر أن يتركهم عليها يقومون عليها ويصلحونها، فأعطاهم خيبر على أن لهم الشطر من كل ما يخرج من الأرض من تمر وزرع.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: «أجاز رسول الله ـ صلى الله عليه ـ المساقاة وأجزناها بإجازته، وحرّم كراء الأرض البيضاء ببعض ما يخرج منها فحرّمناها بتحريمه»[١]، وأراد بهذا خبر رافع بن خديج أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن المخابرة[٢].

وعن ابن عمر أنه قال: كنا نخابر كذا وكذا عامًا ولا نرى بذلك بأسًا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عنها فتركناها لنهي رسول الله ـ صلى الله عليه ـ عنها[٣]، وأجاز الشافعي رحمه الله: العقد على الأرض البيضاء بين أضعاف النخيل قال: ولولا الخبر فيه عن رسول الله - عليه السلام - أنه دفع إلى أهل خيبر النخيل على أن لهم النصف من النخيل والزرع وله النصف لم أُجوّز فكان الزرع بين ظهراني النخيل[٤]، وقولهم: «إن في الخبر تأويلات»، بعيدة ضعيفة ذكرناها في كتاب البرهان، وذكرنا وجوه بطلانها، وليس للقياس مجال في المسألة، وإنما جوّزناها بالسنة المحضة

(١) قاله في الأم: ٣/٢٣٨.

(٢) المخابرة: المزارعة، قاله الخطابي في المعالم: ٣/٦٩٤، والحديث رواه: أبو داود في سننه: ٣/٦٩١ (عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج) ورواه النسائي في سننه (مسندًا ومرسلًا).

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٢٨، باب ما جاء في النهي عن المخابرة والمزارعة، والبغوي في شرح السنة: ٨/٢٥٧، ومسلم في صحيحه بمعناه: ١٠/٢٠١، ٢٠٢.

(٤) نص عليه في الأم: ٣/٢٣٨.

ولولاها لم نجوّزها، وقد ثبت أيضًا أن عبد الله بن رواحة كان يأتيهم فيخرصها عليهم ثم يضمّنهم الشطر فشكوا إلى رسول الله ـ صلى الله عليه ـ شدة خرصه وأرادوا أن يرشوه فقال: يا أعداء الله أتطعمونني السحت؟، والله لقد جئتكم من عند أحب الناس إليّ، ولأنتم أبغض إليّ من عِدْلِكم[1] القردة والخنازير، ولا يحملني بغضي إياكم وحبي إياه على أن لا أعدل بينكم فإن شئتم لي وإن شئتم فلكم فقالوا: بهذا قامت السموات والأرضون[2].

وقد فرق بعض الأصحاب من حيث المعنى بين المساقاة والمزارعة، وليس يتضح.

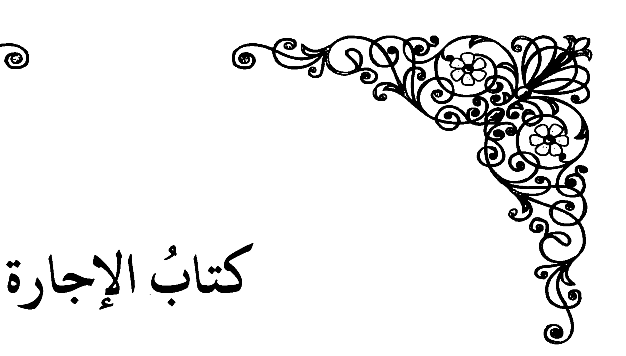
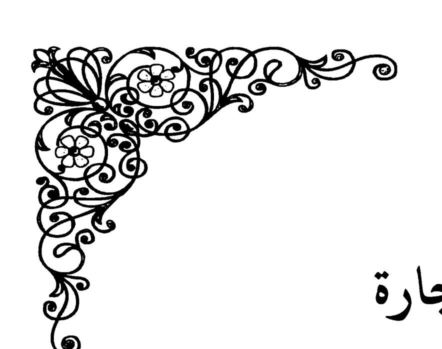
والمسألة خبرية، والله تعالى أعلم بالصواب.



---

(١) هذه الكلمة ليست في الأموال لأبي عبيد.

(٢) رواه أو عبيد في الأموال: ٥١٥، ورواه أحمد بلفظ قريبًا من هذا: ٣/٣٦٧، ومالك في الموطأ، مع المنتقى: ٥/١١٨، باب ما جاء في المساقاة.

كتابُ الإجارة

※ (مَسْألَة):

تملك الأجرة بنفس العقد عندنا[1].

وعندهم: لا تملك إلّا باستيفاء المنفعة أو بشرط التعجيل أو بنفس التعجيل[2].

لنا:

أنه عوض في بيع فيملك بنفس العقد.

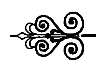
دليله: الثمن؛ وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة والأجرة عوضها، مثل الثمن عوض عن المبيع في بيع الأعيان، فلما ملك الثمن بنفس البيع وجب أن تملك الأجرة؛ ولأنها تملك بشرط التعجيل، ونفس التعجيل، ونفس العقد أدل على ملك العوض من شرط التعجيل، فإذا ملك بشرط التعجيل فلئن يملك بنفس العقد أولى.

يبينه: أن العوض إذا لم يملك بنفس العقد لم يملك وإن شَرَطَ ملكه،

---

(١) الأم: ٢٥١/٣، مختصر المزي مع الحاوي: ٣٩٥/٧، المهذب: ٥١٦/١، ٥١٧، النكت: ورقة ١٦٥/ب، الحاوي الكبير: ٣٩٥/٧.

(٢) الأسرار: ١٣٥/٢/ب (مراد ملا)، مختصر القدوري: ٣٣٤/١ مع الجوهرة، مختصر الطحاوي: ١٢٨، إيثار الإنصاف: ٣٣٤.

ألا ترى أن الثمن في البيع بشرط الخيار لما لم يملك بنفس البيع لم يملك وإن شَرَطَ ملكه؛ ولأن الكفالة بالأجرة جائزة، وكذلك الرهن [١٦٢/أ] والإبراء والشراء بها، وهذه الأحكام دالة على الوجوب؛ لأنه لا تتصور صحتها إلّا في عوض واجب.

وأمّا حقيقة المسألة: فهي أن المنافع جُعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا بدليل جواز العقد عليها، والعقد لا يجوز إلّا على موجودٍ مملوكٍ، وإذا جُعلت كذلك بعقد الإجارة فيملك ما يقابلها من الأجرة.

والدليل على أنها جُعلت بمنزلة الأعيان القائمة حكمًا أنه يصح تسميتها صداقًا، والصداق لا يصح إلّا بمالٍ بدليل قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾(١).

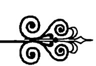
فإذا صلحت المنافع صداقًا، دل أنها جعلت كالأموال الموجودة القائمة حكمًا؛ لأن المال المعدوم لا يصح جعله صداقًا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الإجارة عقد معاوضة مطلقة فتقتضي تساوي العوضين في الملك كسائر المعاوضات؛ وهذا لأن عقد المعاوضة ملكٌ بملكٍ، وتسليمٌ بتسليمٍ، فإذا أفاد الملك في أحد العوضين أفاد في الثاني، وإذا لم يفد في أحدهما لم يفد في الآخر.

يدل عليه: أن العقد في كلا العوضين على وجهٍ واحدٍ، وقد نُزّلا منزلة

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.




واحدة فقضيَّتُه عند الإطلاق: إما إفادة الملك فيهما، أو منع الملك فيهما.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: المنفعة غير مملوكة للمستأجر بنفس العقد فلا يملك عليه الأجرة. وإنما قلنا: «إنها غير مملوكة»؛ لأنها معدومة والملك من صفات الموجود.

يبينه: أن المعدوم ليس بشيءٍ فكيف يوصف بالملك؟ ولأن الملك صفة ولابد للصفة من موصوفٍ، ودليل العدم أن معنى المنافع في المحل لا يمكن العبارة عنها إلّا بصلاحيّة المحل للانتفاع به، ونفس وجود المنافع بمباشرة الانتفاع ولا يتصور مباشرة الانتفاع لمدة سنةٍ في ساعةٍ واحدةٍ، فلم يتصور وجود منافع سنةٍ في ساعةٍ واحدةٍ أيضًا؛ ولأن المنافع لو كانت موجودة قائمة في الدار وجب أن يجوز العقد عليها مطلقًا وحين لم يجز العقد إلّا مؤقتًا دل أنه إنما لم يجز إلّا مؤقتًا لتكون المنافع المعقودة عليها معلومة.

ويدل عليه: أن الثوب المغصوب لو استهلك أو الدار المغصوبة لو هدمت لا يضمن منافعها إلّا للمدة التي كانت في يده ولو كانت جميع منافعها التي تصلح لها موجودة في الدار وجب أن يضمن جميعها؛ لأنها كانت موجودة في الدار فأتلفت.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المعقود عليه عين الدار؛ لأن المعقود عليه ما يُستحق بالعقد، وما يُستحق بالعقد هي المنافع؛ ولأنه لو فسد العقد يرجع إلى قيمة المنفعة لا إلى قيمة العين والواجب عند فساد العقد قيمة المعقود عليه.

قالوا: ولأن الشافعي نص على أن عقد الإجارة بيع للمنفعة.




قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المنافع جعلت منزلة بيع دين من الذِّمّة؛ لأن بيع الدين غير بيع المنفعة، كما أنه غير بيع العين.

وقد قالوا: إن البياعات ثلاثة: بيع عين، وبيع منفعة، وبيع دين. وكل عقد من ذلك غير صاحبه؛ ولأنه لو استأجر بأجرة مؤجّلةٍ في الذمة يجوز، ولو كانت المنافع بمنزلة الدين لم يجز؛ لأنه يكون بيع دين بدين، وهذا لا يجوز، فثبت أن المعقود عليه المنافع، وأنها معدومة تؤخذ بمباشرة الانتفاع فلا تكون مملوكة قبل الوجود، وإذا لم تملك لا يملك ما يقابلها.

قالوا: وأمّا جواز العقد عليها، فليس يدل على أنها جعلت منزلة الموجودة بدليل الثمار والأولاد في الوصايا والنصف المشروط للعامل في المساقاة، والربح المسمى للعامل في القراض.

فإن قلتم: إن شرط عقد البيع أن يَرِدَ على مملوكٍ موجودٍ.

نقول: إنما شرط هذا ليجد العقد محل الإضافة فتقام العين مقام المنفعة في محلية الإضافة؛ لأن العين سبب وجود المنفعة وإقامة السبب مقام المسبب أصل معمول به كمسألة الوصية ومسألة المساقاة التي بيّنا.

وكذلك السفر مقام المشقة في جواز القصر، والبلوغ عن عقلٍ يقام مقام اعتدال العقل في توجه التكليف، والنكاح يقام مقام الوطء عندنا[1]: بمجرده، وعندكم[2]: مع الإمكان.

وكذلك استحداث الملك يقوم اشتغال الرحم في إيجاب الاستبراء.

---

(١) عند الحنفية، يشير إلى مسألة تزوج مشرقي بمغربية.

(٢) عند الشافعية.

قالوا: وهذا أولى مما قلتم من جعل المنافع المعدومة موجودة؛ لأن ذلك قلب الحقيقة، والذي قلنا نقل الزرع من محلٍ إلى محلٍ وهذا أسهل ونظائره أكثر فكان أولى؛ ولأنا إذا جعلناها موجودة حكمًا، فلا يتصور [١٦٢/ب] بقائها بعد الوجود حتى ينعقد عليها فإن زمان وجود المنفعة لا يسع للعقد؛ لأنها حين وجدت تلاشت؛ ولأنه إنما يقدر وجود الشيء حكمًا إذا تصوّر وجوده حقيقة، ولا يتصور وجود جملة المنافع حقيقة فكيف يصوّر حكمًا؟.

قالوا: وأمّا الإقامة التي قلناها فهي في حق الإضافة فحسب؛ لأنه لابد من وجود محل الإضافة عند العقد، فأما محل حكم العقد هو المنافع على ما هو الأصل ويتأخر الحكم إلى حين وجودها وتأخير حكم العقد بعارض دليلٍ جائز، بدليل مسألة البيع بشرط الخيار وبدليل البيع بثمن مؤجل، فإنه يتأخر الملك في الصورة الأولى، والطلب في الصورة الثانية.

فإن قلتم: إن محل العقد ماذا؟ فنقول: محل العقد كلام المتعاقدين؛ لأن العقد هو: الإيجاب والقبول، وذلك كلامهما.

على أنا نقول: إن محل العقد فيما يرجع إلى الإضافة هو الدار وفيما يرجع إلى الحكم هو المنافع التي توجد من بعد، وكذلك المعقود عليه.

قالوا: وأمّا الانعقاد فهو حاصل في حق المتعاقدين، وأمّا في حق المحل فلا، وإنما العقد فيما يرجع إلى المحل بمنزلة العقد المضاف إلى زمان وجود المنفعة، فإذا وجدت المنفعة فينعقد العقد حينئذ في حق المحل ويثبت الملك.

قالوا: وعندنا: يجوز عقد الإجارة مضافًا إلى زمانٍ في المستقبل للضرورة




الملجئة إلى تجويز ذلك، وهذا لأن قضية العقد المطلق لما كان كذلك فبالتنصيص عليه لا يبطله، فهذا الذي قلناه نهاية ما يمكن لكلامهم من الشرح والإيضاح والإفهام.

قالوا: وليس كما لو شَرَطَ تعجيل الأجرة؛ لأنا نقول: قد انعقد سبب ملك المنفعة والأجرة فيما بين المتعاقدين في الحال، وإنما لا تملك المنفعة لا لعدم السبب بل لعدم المنفعة في نفسها، والأجرة تجب بدلًا عن المنفعة، والعقد عقد معاوضةٍ ومساواةٍ فإذا لم يملك أحد العوضين لا يملك الآخر تحقيقًا للمساواة، فمتى عَجّلَ الآخر أو شَرَطَ التعجيل فقد رضى بفوات المساواة، وقد وجد السبب فملكت الأجرة؛ لأن ملك المشترى تعيّن في المبيع فكان له جنس المبيع حتى يتعيّن ملك البائع في الثمن، فمتى أجّل وَسلّمَ المبيع فقد رضي بفوات حقه، فصح رضاه، ويؤمر بتسليم المبيع، كذلك ههنا.

قالوا: وهذا بخلاف الإجارة المضافة إلى وقتٍ في المستقبل حيث لا تملك بالتعجيل وشرط التعجيل؛ لأن هناك لم ينعقد سبب الملك في المنفعة في حق المتعاقدين في الحال.

وأمّا ههنا فقد انعقد السّبب بين المتعاقدين في الحال، وإنما تأخّر في حق المحل.

قالوا: ولهذا جوّزنا الكفالة والرهن بالأجرة، لوجود سبب ملك المنفعة والأجرة تجب بدلًا عنها، وقد وجد سبب ملك الأجرة فصحت الكفالة بها، وكذلك الرهن لسرعة نفوذهما ومعنى الرهن عندنا ليس إلا أن العين تكون مضمونة بالأجرة وقد صح الرهن بدون هذا، ألا ترى أنه إذا دفع إلى إنسان




عينًا وقال: أقرضني عشرة دراهم وتكون هذه رهنًا عندك فأخذها وَهَلَكَت العين قبل الإقراض، فإنها تكون مضمونة عليه، وإن لم يوجد السبب، وههنا وجد السبب فلأن تكون مضمونة أولى، وكذلك الإبراء جائز لوجود السبب.

وأمّا الشراء بالأجرة فعندنا: إنما يكون الشراء بمثل ما يُسمّى من الأجرة لا بالأجرة، ثم إذا وجدت الأجرة يصير الواجب بالشراء قِصاصًا.

قالوا: وأمّا فصل النكاح فنقول: إنما صح جعل المنافع صداقًا لأنا نقول: هي مال، والمعتبر عندنا في الصداق تسمية المال، فأمّا كونه مالًا في الحال فلا يعتبر فصحت التسمية وتصير مالًا عند الوجود.

قالوا: وأمّا إذا تزوّج امرأة على سكنى دار شهرًا فإنما ملك الزوج البُضع ولم تملك هي المنفعة في الحال؛ لأن ملك البُضع لا يحتمل التأخير بحالٍ، ونحن إنما ادّعينا التسوية تأخيرًا فيما يحتمل التأخير، فأمّا الذي لا يحتمل تأخير ملكه فلا يتصور تأخيره بتأخير العوض الذي يقابله، وأيضًا فإنا ادّعينا ما ذكرنا في عوضين أصليين في العقد.

وأمّا المهر فمحض تبع والبُضع أصل، فيجوز أن لا يطلب التسوية بينهما.

وقد استدل كثير من مشايخهم في أن المنافع لا تصير مسلمة بتسليم الدار: بدليل أن الدار لو انهدمت في يد المستأجر يكون من ضمان الآجر ولو صارت مسلمة إليه لكانت من ضمان المستأجر، فإذا لم تصر المنافع مسلمة لم يجب [١٦٣/أ] تسليم الأجرة التي تقابلها.

قالوا: وأمّا التصرف فإنما جاز بحكم الضرورة؛ لأنه لا يتصور أن ينتظر

حتى توجد المنفعة ثم يعقد عليها، فإذا صارت المنفعة بحيث إذا وجدت وحدثت في ملكه ويده صح تصرفه فيها.

قالوا: وأمّا إذا تزوّج امرأة على سكنى دارٍ سنةً فلا نقول إن تسليم نفسها يجب عليها بقبض الدار على قول بعض أصحابنا: بل ما لم تستوف جميع المنافع لا يجب عليها التسليم. وإن سلمنا أنه يجب عليها تسليم نفسها فلأنها لما رضيت بما يتأخر وجوده إلى سنةٍ جميعه فقد رضيت بوجوب تسليم النفس عليها وتأخر حقها، فهذا مجموع كلامهم في المسألة.

۞ الجواب:

أما الأول يقال لهم: بطريق المجادلة لِمَ قلتم يجب التسوية بين العوضين ملكًا بملكٍ؟.

فإن قالوا: كالبيع، يقال لهم: لِمَ قلتم إذا وجبت التسوية ملكًا بملكٍ عند تساوي البدلين وجودًا وجبت التسوية ملكًا عند اختلاف البدلين وجودًا وعدمًا، وإذا جاز في الشرع أن يكون أحد العوضين بوصف الوجود والآخر بوصف العدم فيجوز أيضًا أن يكون أحد العوضين بوصف الملك والآخر لا بوصف الملك، وهذا كلام في غاية الحسن جدلًا، وقد دخل على معتمدهم من إثبات التسوية.

فأمّا الجواب الفقهي:

فنقول: المنفعة مملوكة؛ لأنها جُعِلَتْ بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا بدليل جواز العقد، وهذا كالنُّطفة في الرحم جُعِلَتْ بمنزلة الشخص الحي




شرعًا بدليل الإرث والوصية له.

والمرتد بعد دخوله دار الحرب جُعِلَ بمنزلة الميت على أصلهم حتى تقسم أمواله إرثًا وتعتق أمهات أولاده، ومدبّروه؛ وهذا لأن المنافع لما كانت بعرضية الوجود جُعِلَتْ بمنزلة الموجود باعتبار العرضية كالنُّطفة والمرتد.

وأعلم أنا لا نجعل المنافع كأنها بنفسها موجودة؛ لأنها لا تقبل البقاء لكن نجعلها بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا، ونظير هذا من أصلهم منافع البُضع جُعِلَتْ بمنزلة الأجزاء حكمًا على ما ذكروا في كتاب النكاح، وعلى هذا سقط قولهم: «إنه إنما يقدر حكمًا ما يتصوّر وجوده حقيقة».

وعلى أن النُّطفة حال كونها نطفة جُعِلَتْ بمنزلة شخصٍ حي ولا يتصور، وكذلك المرتد في حال حياته، وكذلك قالوا: يُقدَّر الإعلاق من المغربي في حق المشرقية والمشرقي في حق المغربية والتصور مفقود؛ وهذا لأن الحكميات لها من سعة المجال مالا يعتبر فيها ما قالوه.

وقولهم: «إن ما قلتم قلب الحقيقة».

قلنا: هو جائز حكمًا بدليل يقوم عليه كالنظائر التي قدمناها.

وأمّا قولهم: «إن العقد إنما جاز بإقامة الدار التي هي سبب المنافع مقام المنافع».

قلنا: إذا أقيم الدار مقام المنافع في محلية العقد فأقيموها مقامها في محليّة الحكم حتى تملك؛ لأن محل العقد ومحل حكم العقد واحد، لا تختلف بحالٍ.




وقولهم: «إن محل العقد كلام المتعاقدين».

قلنا: هذا محال لما بينا أن محل العقد ما يظهر فيه حكم العقد وحكم العقد هو الملك، وإنما يظهر في العين؛ وهذا لأن العاقدين فَاعِلَا العقد، فأما المعقود عليه هو العين فإن العقد معنًى متعدٍ[1] فيتعدى إلى العين، ألا ترى أنه إذا ظهر التعدي يقول: «عقدتُ العقد على كذا من ثوب أو دارٍ»، وههنا إذا ظهر التعدي يقول: «عقدتُ على المنفعة».

وإذا ثبت أن المعقود عليه هو المنفعة فصارت محل العقد قطعًا فلابد من وجودها حسًّا أو تقدير وجودها حكمًا، ولا وجود حسًّا فيقدر الوجود حكمًا ليتصوّر بهذا العقد محل يرد عليه.

وأمّا الذي قالوا: «وجد العقد في حق المتعاقدين لا في حق المحل».

قلنا: لا يتصوّر انفصال العقد في حق المتعاقدين عن وجود محل العقد بحيلةٍ ما، وأيضًا إذا انفصل فلماذا قلتم أنا نقيم الدار مقام المنافع ولأيِّ شيءٍ يحتاج العقد إلى هذه الإقامة إذا كان الأمر على ما زعمتم؟؛ ولأن العقد لا يُراد لعينه وإنما يُراد لحكمه، فكيف ينفصل العقد المعقود لحكمه على محل يظهر فيه.

وأمّا قولهم: «إن تأخر الحكم جائز».

قلنا: لا نسلم، بل عندنا لا يتصوّر تأخر الحكم عن عقد البياعات بحالٍ؛ لأن العقد علة الحكم، فإذا وجدت لا يتصوّر تأخر الحكم عنها كسائر

(١) في المخطوط: متعدى.

العلل لا تتأخر معلولاتها عنها بحال، فإن العلة في المحل ما يوجب تغيّر المحل كالعلة الحسيّة من المرض فإذا لم يوجد تغير لا تكون [١٦٣/ب] علة.

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصلهم، وعندنا: هو موجب للملك من غير تأخير.

وأمّا مسألة تأجيل الثمن فليس يدخل على ما قلنا؛ لأن الطلب ليس بموجب العقد، إنما موجب العقد استحقاق الثمن ملكًا ولم يتأخر، وأمّا الطلب فثاني الملك، وعلى أنه وإن سُلّم لهم جواز تأخر الحكم فلا ينفعهم في هذه المسألة؛ لأن الكلام في محل الحكم وهو المعقود عليه ولا يتصوّر تأخره على ما سبق.

وأمّا المسائل التي أوردوها من الوصية والقِراض والمساقاة فيجوز أن يقال هناك أيضًا تجعل تلك الأشياء المعدومة بمنزلة الموجودة حكمًا، وعلى أن الوصية تقبل من الخطر والغرر مالا يقبله غيره على ما عرف ولا يقاس عليها المعاوضات.

وأمّا عقد المساقاة فإنما جوّزنا بالنص على ما عرف، ولا مجال للقياس فيه.

وأمّا أعذارهم عن المسائل الإلزامية فكلها ضعيفة ولا يُشتغل ببيان ضعفها لاستغنائنا عنها بما ذكرنا من التحقيق.

وَمَنْ اعتمد على الأحكام ففصل شرط التعجيل معتمد.

وكذلك مسألة نكاح المرأة على سكنى الدار في إبطال التسوية التي بنوا



كلامهم عليها.

وحرف الإشكال عليهم في مسألة شرط التعجيل: أن إطلاق العقد في إثبات موجب العقد أبلغ من شرط التعجيل، وحقيقة شرط التعجيل: إظهار قضية العقد.

وقوله: «إنه رضي بفوات التسوية».

قلنا: فقولوا بنفس عقده على منفعة معدومة بإيجابه أجرة موجودة رِضًى بفوات التسوية.

وأمّا عذرهم عن النكاح من قولهم: «إن منافع البُضع لا تقبل التأخير».

قلنا: فاعطفوا على الجانب الثاني وامنعوا إثبات الصداق إلّا بما لا يتأخر الملك فيه حتى تثبت التسوية من هذا الوجه إن تعذر من ذلك الوجه.

وقولهم: «إن الصداق تبع».

قلنا: هذا مذهبنا[١]، فأمّا عندكم هو أصل والإلزام على مذهبكم[٢].

وأما قولهم: «إنه لا يصير قابضًا للمنافع بقبض الدار».

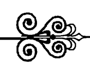
قلنا: إذا ثبت أن المنافع جُعِلَتْ بمَنزلة الأعيان القائمة ثبت قبضها بقبض الدار.

وأمّا مسألة انهدام الدار فإنما كانت المنافع من ضمان البائع؛ لأنها وإن

---

(١) أي عند الشافعية.

(٢) أي عند الحنفية.

جعلت موجودة حكمًا لكنها معدومة حسًّا، فظهر حكم العقد من حيث الحسّ في أمر الضمان، وهذا كما قالوا: فيمن اشترى عبدًا حلال الدم وَقُتِلَ في يد المشتري يكون من ضمان البائع وإن كان قد قبضه حقيقة، ولكن لما كان مستحق الهلاك وهو بمنزلة الهالك حكمًا ظَهَرَ أثر ذلك في أمر الضمان خاصة لا في غيره، وعلى أنا إنما جعلنا المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة باعتبار عرضية وجودها، وإذا انهدمت الدار التي عرضية الوجود؛ لأنها لا توجد بعد، فبطل هذا التقدير الحكمي واعتبر أصل العدم، وهذا كالنُّطفة جُعِلَتْ كالشخص الحي باعتبار عرضية الحياة، فلو عرض سقوط النُّطفة من الرحم أو خَرَجَ الولدُ ميتًا يبطل الإرث والوصية واعتبر أصل العدم، كذلك ههنا.

وهذا جواب معتمد، وعلى هذا القول يبطل العقد من أصله.

والله أعلم.



※ (مَسْألة):

إذا مات أحد المتكاريين لم يبطل العقد عندنا[1].

وعندهم: يبطل[2].

والمسألة مبنية على المعنى الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة في المذهبين.

---

(١) مختصر المزني: ٨١/٣ مع الأم، الأم: ٢٥٥/٣، المهذب: ٥٣٣/١، النكت: ورقة ١٦٦/أ، الحاوي الكبير: ٤٠٠/٧، ٤٠٨، روضة الطالبين: ٢٤٥/٥. وهو قول مالك وأحمد، وإسحاق، ينظر: الإشراف للبغدادي: ٦٦/٢/ المغني: ٤٣/٨، الحاوي الكبير: ٤٠٠/٧.

(٢) الأسرار: ١٤٦/٢/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣١، مختصر القدوري: ٣٥٣/١ مع الجوهرة.




أمّا عندنا: فلأنا بينا أن المنافع جُعِلَتْ بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا فجرى فيها الإرث بمنزلة الأعيان.

ويقال: ما يقبل نقل الملك عقدًا يقبل نقل الملك إرثًا.

دليله: العين.

وأمّا هم يقولون:

إن العقد غير منعقدٍ في حق المنفعة وإنما ينعقد عند حدوث المنافع شيئًا فشيئًا وإن مات المؤاجَر فالعقد لم ينعقد في حق المنفعة التي تحدث في المستقبل، وقد صارت العين مملوكة للوارث فتصير المنفعة أيضًا مملوكة له ولم يوجد العقد من جهة الوارث فبطل عقد الإجارة، وإن مات المستأجر فالمنفعة لم تصر مملوكة؛ لأن المنفعة إنما تصير مملوكة بناء على العقد ولم ينعقد العقد عليها فكيف تصير مملوكة؟ وإذا لم تصر مملوكة له لا تتنقل إلى الورثة وقد أجبنا عن هذا وأبطلنا الأصل الذي قالوه، وإذا بَطَلَ الأصلُ بَطَلَ ما يتفرع عنه.

وقد أورد بعض مشايخهم مسألة على طريق الإلزام، وهي: أن مَنْ أوصى بالجارية لإنسان برقبة عبده وأوصى لآخر بخدمته ثم رَدّ الموصَى له بالخدمة فالوصية بكون الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الْمُوصِي، ولو كانت المنفعة تورث بانفرادها لكانت لورثة المُوصِي، كما إذا أوصى بالجارية لإنسان وحملها لآخر ثم رَدّ الموصَى له بالحمل الوصية فإن الحمل [١٦٤/أ] يكون لورثة الْمُوصِي.

وهذه المسألة قد منعها بعض أصحابنا، وعلى أنه ليس فيها دليل على أن المنفعة لا تورث بانفرادها.

وقال أصحابنا: إن المُوصَى له بالخدمة لو مات انتقلت الخدمة المستحقة إلى مورثه.

وأمّا هذه المسألة التي صوّرها فالوصية إيجاب الملك بعد الموت وإضافتها إلى زمان في المستقبل جائز، فإذا رد المُوصَى له الوصية ارتدت وصار العقد كالعدم، فتكون المنفعة لصاحب الرقبة تبعًا.

وأمّا عقد الإجارة فهو عقد معاوضة لا يقبل الغرور والخطر وفي إضافته إلى الزمان في المستقبل غرر وخطر فيجوز أن لا تبقى العين إلى أن يوجد الوقت فلابد من جعل المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة ليصح العقد وإذا جُعِلَتْ كذلك ثبت الإرث.

فأمّا في الحمل فهو عين قائمة في الحال، وقد صح الإيجاب فيها من غير اعتبار الإضافة، فإذا رَدَّ المُوصَى له الوصية ارتدت إلى المُوصِي فتكون لورثته.

وعلى المنع يقع الخلاص الكافي، والله أعلم.





❊ (مَسْأَلة):

إجارة المشاع جائزة عندنا سواء كان من الشريك أو من الأجنبي(١).

وعند أبي حنيفة: يجوز مع الشريك ولا يجوز مع الأجنبي(٢).

لنا:

إن الإجارة بيع المنافع وبيع المنافع جائز بدليل بيع العين؛ وهذا لأن المشاع له منفعة؛ لأنه جزء من الجملة فإذا كانت الجملة ذات منفعة فتكون أجزؤها ذات منفعة؛ ولأنهم قالوا: لو آجر نصف داره من إنسان وسكنها المستأجر تجب عليها الأجرة ووجوب الأجرة كان لانعقاد العقد وإن كان على الفساد، وانعقاد العقد في المحل دليل وجود المنفعة للمحل؛ لأنه لا يتصور أن لا يكون المحل منفعة وينعقد عليه عقد بيع المنفعة.

وإذا ثبت أن للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بتسليم الدار إليه صار كما أنه يبيع منه نصف داره ويسلم جميع داره إليه فيكون قد حصل تسليم المبيع إليه، فكذلك لو آجر منه نصف داره ويسلم جميع داره إليه فيكون قد حصل تسليم ما آجر منه إليه؛ وهذا لأن تسليم كل شيء على حسب ما يليق به ويمكن فيه عادة.

---

(١) النكت: ورقة ١٦٧/ب (مراد ملا)، المهذب: ٥١٨/١، الحاوي الكبير: ٤٤٥/٧، وبه قال الصاحبان (محمد، وأبو يوسف). ينظر: مختصر الطحاوي: ١٣١، مختصر القدوري: ٣٤٨/١ مع الجوهرة، إيثار الإنصاف: ٣٣٤.

(٢) الأسرار: ١٤٠/٢/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣١، وقال الطحاوي: «وبه نأخذ». مختصر القدوري: ٣٤٨/١ مع الجوهرة، إيثار الإنصاف: ٣٣٤.

وقد ذكرنا هذا من قبل فتسليم الدار المشاعة بتسليم جميع الدار إليه ثم القسمة تكون بالمُهايَاة[1] على ما سنبين، فتبين بما قلنا أن المشاع له منفعة وأن التسليم فيه ممكن فأشبه المفرز من هذا الوجه، فوجب أن يجوز عليه عقد الإجارة كالمفرز سواء.

ويدل عليه: أنه لو آجر داره من رجلين يجوز، وهو في الحقيقة عاقد عقد الإجارة مع كل واحد منهما في المشاع ومع ذلك جاز فكذلك عند إفراد أحدهما بالعقد وجب أن يجوز أيضًا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: آجر منه ما لا يمكن تسليمه إليه فوجب أن لا يجوز، كما لو آجر عبدًا آبقًا أو دارًا مغصوبة، وإنما قلنا ذلك لأن تسليم المنافع باستيفائها بدليل أنه لو سَلّم إليه الدار فانهدمت قبل استيفائه منافعها كانت المنافع من ضمان الآجر حتى تسقط الأجرة من المستأجر، ولو حصل تسليم المنافع بتسليمه الدار لكانت من ضمان المستأجر.

وإذا ثبت أن تسليم المنافع تكون باستيفائها فالمنافع من المشاع غير متصورٍ؛ لأن سكنى نصف الدار مشاعًا ولبس نصف الثوب مشاعًا أو ركوب نصف الدابة مشاعًا غير معقول.

قالوا: وأمّا في البيع فيوجد تسليم المشاع بالتخلية بينه وبين الدار فثبت القبض في النصف المبيع حكمًا من غير أن يتعدى إلى النصف الثاني، ولهذا

(١) المُهَايَاة: الأمر المهايا عليه، والمهاياة: أمر ينهايأ القوم فيتراضون به، وعرفها في التحرير: المناوبة. ص ٢٣٦. وينظر: القاموس مادة (الهيئة).

لو استحقت الدار بعد أن خلّى بينه وبينها فقد انهدم البنيان لا يكون للمستحق تضمين المشتري ما انهدم في النصف الذي لم يتناوله البيع فقد تحقق مما قلنا أن القبض حكمًا ثبت في المشاع فجاز بيعه لهذا.

وأمّا المنافع فلا يوجد قبضها إلّا باستيفاء المنافع محسوسًا بدليل ما بينا وهو غير متصور في المشاع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن استيفاء منافع المشاع يمكن بالمُهَايَاة؛ لأن المُهَايَاة قسمة المنافع، وقسمة المنافع لا تكون [١٦٤/ب] إلّا بعد ملكها وملكها بالعقد، وشرط العقد قد انعدم، وهو القدرة على التسليم في المعقود عليه.

وحرفهم: أن القدرة على تسليم المعقود عليه شرط يعتبر اقترانه بالعقد ليصح العقد فيما يوجد من القدرة لمعنًى بعد العقد بدرجةٍ أو درجتين لا يعمل في تصحيح العقد ولا ينوب عن هذا الشرط.

قالوا: وليس كما لو آجر من رجلين ابتداءً؛ لأن ابتداء العقد تناول جميع الدار فإن عندنا العقد من رجلين والعقد من رجل في محل العقد بمنزلةٍ واحدةٍ، وإذا تناول العقدُ جميع الدار وتسليمها ممكن وتسليم منافعها، وإنما الإشاعة بعد انقسام الملك في المنفعة وانقسام الملك معنًى يثبت بعد العقد حكمًا له ولا ينقسم إلّا والمُهَايَاة مستحقة فيرتفع العجز باعتبار المُهَايَاة فيكون الرافع للعجز مُقترنًا بالموجب للعجز بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: ولا يلزم إذا آجر من شريكه؛ لأن العجز عن التسليم كان لوجود الإشاعة، وقد ارتفعت الإشاعة بالإجارة من الشريك؛ لأن جميع المنفعة قد

صارت للمستأجر وإذا انعدمت الإشاعة انعدم العجز فجاز العقد.

۞ **الجواب:**

إن التسليم ممكن بأحد **الوجهين**: بتسليم الدار وقد بينا أن تسليم الدار يتضمن تسليم المنافع، واعتذرنا عن مسألة الانهدام، وهو كالبيع فإن تسليم المشاع بتسليم الدار.

وقولهم: «إن قبض المنافع باستيفائها».

قلنا: بل يكون بقبض الدار.

يبينه: أنه لو سلّم المفتاح إليه ومضت المدة ولم يسكن الدار تتقرر عليه الأجرة ولم يوجد الاستيفاء الذي قالوه.

فإن قالوا: جعل بمنزلة المستوفي بالتمكن.

قلنا: فاجعلوه بمنزلة المستوفي بقبض الدار إذ كل واحدٍ منهما إثبات قبضٍ من حيث الحكم لا من حيث الحسّ.

وأمّا مسألة التخلية فهي على أصولهم، ونحن لا نثبت القبض بالتخلية، وإن أثبتنا لا نفرق بين قبض الغصب وبين قبض العقد.

والوجه الثاني: هو أنا وإن سلمنا أن قبض المنافع باستيفائها فالاستيفاء ممكن بسكنى جميع الدار ولبس جميع الثوب، وإذا فعل هذا فلابد أن يصير قابضًا لمنفعة المشاع.

فإن قالوا: «لا يمكنه قبض منافع المشاع على انفراده».



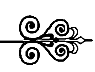

قلنا: يمكن بالمُهَايَاة، والذي قالوا على المُهَايَاة فوجه فساده أنا قلنا: إن قبض المنفعة في المشاع ممكن بسكنى جميع الدار فقد اقترن بالعقد شرط صحته.

وأمّا قولهم: «إنه لا يمكن استيفاؤه على انفراده».

قلنا: يمكن أيضًا تقديرًا بوجهٍ صحيحٍ في الشرع، وذلك بالمُهَايَاة؛ وهذا لأنهما وإن تهايآ على الزمان فكل واحدٍ من الشريكين يسكن جميع الدار في اليوم بشرط أن يمكّن صاحبه من سكنى جميع الدار في اليوم الثاني وصاحبه كذلك، فصار كل واحدٍ منهما ساكنًا نصف جميع الدار، فنصفها هو عين ما استحقه بالعقد، ونصفها هو بدل عما استوفاه صاحبه من حقه، فيصير في التقدير من حيث الحكم كأنّ كل واحد منهما استوفى منفعة نصف الدار على الدوام من غير انقطاعٍ، وهو نظير ما لو آجر من رجلين؛ فإنهما إذا تهايآ على الزمان، وسكن هذا الدار يومًا وسكن صاحبه الدار يومًا؛ صار في التقدير كأن كل واحد منهما سكن نصف الدار على الدوام، كذلك ههنا.

فثبت أنه يمكن استيفاء نصف المشاع على حياله حكمًا وإن تعذر حسًّا، والمعتبر بالوجود حسًّا كان أو حكمًا.

فإن قالوا: هذا التقدير ممكن في المستأجِرينِ؛ لأنه يجوز أن يستوفي كل واحد منهما المنفعة لنفسه بحقه، ويستوفي المنفعة بإذن صاحبه في نصيبه فيصير كأنه هو المستوفي فيقدّر على الوجه الذي قلتم، فأمّا في مسألتنا فلا يمكن هذا التقدير؛ لأن أحدهما مالك، والمالك لا يجوز أن يستوفي منفعة الدار بإذن غيره؛ لأنه على أيّ وجهٍ استوفى يكون بحق الملك وإن أعار

المستأجر الدار لا يجوز من المالك وكذلك إجارته منه، وإذا لم يجز أن يستوفي المنفعة بنفسه لحقه بإذن صاحبه لا يصير استيفاؤه بمنزلة استيفائه فلم يمكن إثبات التقدير الذي قلتم.

قلنا: لا فرق بينهما كما يجوز لكل واحدٍ من المستأجِرينِ أن يستوفي المنفعة لنفسه بحقه وبإذن صاحبه، كذلك للمالك أيضًا يجوز على هذا الوجه؛ وهذا لأن المستأجر ملك المنفعة فكما يجوز أن يُعير من الأجنبي ويؤاجر منه، يجوز أيضًا من الآجر كالمشتري بقبض المبيع ثم يُعيره من البائع أو يبيعه منه ولا فرق بوجهٍ ما، والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

الأجير المشترك إذا أتلف [١٦٥/أ] **الشيء بعمله لم يجب عليه الضمان**(١).

وهو قول زفر من أصحابهم(٢).

وعندهم: يجب عليه الضمان(٣).

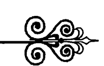
وصورة المسألة: القَصّار إذا تخرق الثوب بدقه والصبّاغ إذا أفسد الثوب بصبغه.

---

(١) الأم: ٣/٢٦٢، ٢٦٣، المهذب: ١/٥٣٤، النكت: ورقة: ١٦٩/ب، روضة الطالبين: ٥/٢٢٨.

(٢) الأسرار: ٢/١٤١/ب (مراد ملا)، إيثار الإنصاف: ٣٣٥، وهو قول أبي حنيفة أولًا وبه أخذ الطحاوي في المختصر: ١٢٩، مختصر القدوري: ١/٣٤١ مع الجوهرة.

(٣) الأسرار: ٢/١٤١/ب (مراد ملا)، المختصر للطحاوي: ١٢٩، مختصر القدوري: ١/٣٤١ مع الجوهرة.
وهو القول الثاني عند الشافعية، ينظر: النكت: ورقة ١٦٩/ب، المهذب: ١/٥٣٤.



❊ **لنا:**

أن الفساد حصل بعملٍ مأذونٍ فيه من قبل المالك فلا يجب عليه الضمان.

دليله: إذا كان أجيرًا منفردًا.

وإنما قلنا: «إنه مأذون فيه من قبل المالك»؛ لأن صورة المسألة إذا دقّ دق مثله وحصل منه الخرق، ولا خلاف أن دق مثله مأذون فيه حتى يطلق له ذلك من غير حرج ونقول لو زاد على دق المثل وتخرق منه الثوب يجب عليه الضمان، فتبين قطعًا أن الفساد حصل من عمل مأذون فيه.

فإن قالوا: لما تخرق الثوب تبين أنه قد تجاوز الدّق المأذون فيه إلى ما لم يؤذن فيه.

قلنا: ليس دق المثل مما لا يوجد منه الخرق بحال، بلى، لا يحصل منه الخرق في غالب الأحوال ولكن قد يتأدّى إلى الخرق في بعض الأحوال.

وقد قال الأصحاب: إنه دق على وجهٍ يشهد أصل الصنعة أنه ما زاد على دق المثل أو يوافقه رب الثوب أنه ما زاد على المأذون فيه.

والدليل من حيث الحكم على أن هذا العمل مأذون فيه: أن مالك الثوب لو رضي به يلزمه المُسمّى من الأجرة، ولا يتصوّر وجوب المُسمّى إلّا بعملٍ تناوله العقد، وإذا تناوله العقد يكون مأذونًا فيه بلا خلاف.

والحرف لنا: أن المعقود عليه عمل واحد وهو دقّ المثل الذي قلنا،

وكلّ ما يدخل تحت هذا الاسم يكون مأذونًا فيه ونظيره: البزغ[1] والفصد فإن المعقود عليه لما كان عملًا واحدًا فكل ما يتناوله هذا الاسم يكون مأذونًا فيه فسواء حصل منه فساد أو لم يحصل لم يجب عليه به الضمان.

وكذلك في الأجير المنفرد.

يدل عليه: إنه إذا كان مأذونًا فيه من قبل المالك ذهبت صفة التعدي منه على الإطلاق ويصير من وجهٍ كأن المالك هو المتلف فلم يمكن إيجاب الضمان به.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: حصل فساد الثوب بعمل غير مأذون فيه فيجب عليه الضمان.

دليله: إذا جاوز دق المثل، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه أذن له في الدّق المزيّن المصلح لا في الدّق المخرق المفسد؛ وهذا لأن الأجير بائع عمله، وإطلاق البيع يقتضي سلامة المعقود عليه بدليل سائر البياعات، والعمل المعيب لا يكون سليمًا، فلم يدخل تحت العقد، وهذا لحقيقةٍ وهو أن العمل نوعان: عمل معيب، وعمل سليم، والذي لا يحصل منه الخرق هو عمل سليم، والذي حصل منه الخرق هو عمل معيب، والعقد يقتضي السلامة على ما ذكرنا، فصار الداخل تحت العقد هو العمل السليم لا العمل المعيب، فصار المعيب غير مأذون فيه؛ فوجب به الضمان، كما لو غيّر نوعًا من الدق وجاء بنوع آخر وحصل به الخرق.

---

(١) **البزّاغ**: يقال: بزغ: البيطار والحاجم (بزاغًا) من باب قَتَلَ شَرَطَ وأسال الدم. ينظر: المصباح مادة (بزغ).




قالوا: وليس لو اشترى ثوبًا أو عبدًا معيبًا حيث يدخل تحت العقد معيبًا كان أو غير معيب؛ لأن المعقود عليه هناك هو عين مشار إليها، وهي شيء واحد معيبًا أو غير معيب.

وأمّا ههنا المعقود عليه عمل التزمه في الذمة وهو نوعان على ما بينا.

ولهذا لو أحضر عبدين فيدخل السليم دون المعيب، وصار هذا كالثمن فإنه لو باع عبدًا بألف درهم، والألف نوعان: جيد، ورَّدِئ، دخل الجيد في العقد دون الرَّدِئ، كذلك ههنا.

وكذلك في السلم فصار العمل في مسألتنا جاريًا مجرى الديون لا مجرى الأعيان.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المعيب في الديون يدخل تحت العقد أيضًا، بدليل أنه لو يجوّز به يجوز حتى لو قبض الزُّيوف مكان الجياد في الثمن أو الرَّدِئ مكان الجيد في السَّلم ورضي به يجوز؛ وذلك لأنا نقول المعيب غير السليم مادام حقه في السلامة قائمًا فكان أحدهما موصوفًا بصفة السلامة والآخر غير موصوف بصفة السلامة فأقل ما في الباب أن يكون بمنزلة المطلق والمقيد فيكونا شيئين، فأما إذا رضي بالعيب فقد أسقط حقه من الجودة فسقط وبقي حقه في أصل الحنطة في السَّلم، والرَّدِئ والجيد حنطة، وكذلك في الثمن بقى حقه في أصل الدراهم، والجياد والزيوف دراهم، فكان الجميع داخلًا تحت العقد.

قالوا: ولهذا نقول في مسألتنا إن المالك لو رضي بهذا العمل يلزمه المُسمّى؛ لأنه بالرضا أسقط حقه في السلامة فصار حقه في مطلق الدّق فصار

المعقود عليه واحدًا عند الرضا فيكون داخلًا في العقد كيفما كان.

قالوا: ولهذا نقول لو قبض رأس المال في السَّلم وهو زيوف وتفرقا، لا يبطل العقد في الحال؛ لأن المقبوض وإن كان غير حقه في الحال ولكن يحتمل أن [١٦٥/ب] يصير المقبوض حقًا له بأن يرضى المسلم إليه بالزُّيوف إذا علم، فلا جرم نقول: إن القبض موقوف، فإن رضي به صار المقبوض حقًا له وصح العقد، وإن لم يرض به وردّه بطل العقد؛ لأنه بطل القبض من الأصل، وتبين أنهما تفرقا من غير قبض رأس المال فبطل السَّلم فهذا الذي قلناه معتمدهم ونهاية كلامهم.

قالوا: ولا يلزم الأجير المنفرد؛ لأن المعقود عليه ليس هو العمل وإنما هو بائع منافعه في ذلك الزمان المعين، بدليل أنه لا يقدر على تمليكها من غيره، حتى لو آجر نفسه فيعمل في تلك المدة من آخر لم يجز، ولا يجوز أيضًا إلّا أن يعمل بنفسه، ولو سلَّم نفسه استحق الأجرة من غير عملٍ بخلاف الأجير المشترك في هذه المسائل، وإذا كان المعقود عليه المنفعة والمنفعة شيء واحد غير مختلف فصار بمنزلة العين المشار إليها فيكون داخلًا تحت العقد كيفما كان؛ وهذا لأن العقد وإن اقتضى السلامة عن العيب ولكن العين لا تختلف باختلاف الوصف فإنها بالإشارة تعرف فسواء كان سليمًا أو معيبًا كان داخلًا تحت العقد.

وأمّا الدين في الذمة يعرف بالوصف وهو يتنوّع إلى سليمٍ ومعيبٍ، فيصير السليم داخلًا تحت العقد دون المعيب بالمعنى الذي قدمناه.

وأمّا الأجير الواحد لما كان المعقود عليه المنفعة وهي بمنزلة الأعيان




والعمل لإظهار المنفعة فسواء كان سليمًا أو معيبًا كان داخلًا تحت العقد.

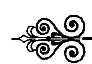
قال أبو زيد في الأمالي:

الأجير الواحد بائع منافعه، ألا ترى أنه إذا سلّم نفسه من غير عملٍ استحق الأجرة، والخرق لا يتولد من المنفعة فلم يكن عينا فيها، وإنما جاء الخرق من قبل العمل، والعمل منه حصل باستعمال صاحب الثوب إياه من غير أن يكون في مقابلته بدل فلم يتقيد بالتسليم؛ لأنا إنما قيّدناه بالسلامة بقضية عقد المعاوضة، فإذا لم يكن في مقابلته بدل فلا معاوضة في العمل حتى يقتضي السلامة، والإذن من المالك موجود من غير تقييدٍ فأشبه المعين في حق القصّار ولا جرم نقول: وإن حصل الخرق بدقه لا يجب الضمان، وكان المعنى في المعين أنه واهب عمله وعقد الهبة لا يقتضي السلامة عن العيب، فدخل العمل مطلقًا في الإذن غير مقيد بصفة السلامة.

قالوا: ولا يلزم البزّاغ والفصّاد والختّان إذا حصل بعملهم تلف حيث لا يجب الضمان؛ لأنا إنما لم ندخل المعيب من العمل في العقد؛ لأن العمل يتنوّع نوعين إلى مصلح ومفسد وعقد المعاوضة يقتضي السلامة على ما سبق.

وأمّا في تلك المسائل فنفس العمل إفساد محض؛ لأنه جرح وإنما السلامة والصلاح في البُرء والشِّفاء وليس ذلك من صنع العامل، وإنما هو بقوة طبع المجروح، وإذا كان في نفسه إفسادًا لم يمكن تقييده بالسلامة بخلاف مسألتنا فإنه متنوّع على ما سبق.

وقالوا أيضًا: إن الاحتراز عن السِّراية ليس في وسعه وما ليس في وسَعَة




الإنسان لا يكلفه الله ذلك فيسقط اعتبار السِّراية بهذا الوجه، وأمّا في مسألتنا ففي وسع القصّار أن يأتي بدقٍ مصلح، ولكن ربما يلحقه حرج وذلك باختيار الآلة المصلحة، ومعرفة أجزا الثوب ظاهرها وباطنها، ثم معرفة ضعيفه وقويه، وإرسال المدقة على رِفقٍ بقدر ما يحتمله الثوب ويحصل المقصود به.

قالوا: وبهذا الحرج لا يسقط الضمان عنه؛ لأنه التزم العمل باختياره، وما يلتزم العبد باختياره لزمه وإن كان فيه حرج؛ لأن دفع الحرج نظر وهو يستحقه فيما يُلزمه الله ابتداءً، فأمّا فيما يلتزمه العبد باختياره لا يستحق النظر؛ لأنه كان يمكنه أن لا يلتزمه.

قالوا: ولهذا نقول: إن السِّراية تكون مضمونة على مستوفي القصاص في الطرف؛ لأنه كان يمكنه أن لا يستوفي ويعفو وهو الأولى فلم يسقط عنه ضمان السِّراية وإن لم يمكنه الاحتراز عنه.

وربما يقولون: إن الموت في هذه المسائل لا يقع بالجرح بل بضعف طبع المجروح والبرء يحصل بقوة طبع المجروح.

وأمّا في مسألتنا فقد حصل الخرق بدقه لا محالة، والأول أحسن.

وزعم بعضهم: أن المعقود عليه صفة القصارة أو صفة الصباغة لأنها هي المطلوبة بالعقد والعوض يُبذل في مقابلة المطلوب والمقصود، ولكن العمل لإظهار هذه الصفة، والمظهر بصفة القصارة المطلوبة عمل يسلم معه الثوب أو عمل مصلح لا عمل مفسد مخرّق، وهذا قريب من الطريقة الأولى.

واستدل مشايخهم بالطريق المعروف: وهو أن العمل مضمون فما يتولد

عنه يكون مضمونًا.

وخرجوا قولهم: «مضمون: إنه مضمون بالأجرة، وهذا لأن ما يقابل المضمون مضمون».

وخرجوا [١٦٦/أ] مسألة البزاغ بحصول التسليم فيه حكمًا إلى صاحب الدابة، وخروج العامل من الوسط على ما ذكرا[١] في مسألة السراية فلا نعيد.

❁ **الجواب:**

أمّا قولهم: «إنه حصل فساد الثوب بعملٍ غير مأذون فيه».

قلنا: قد بينا أنه مأذون فيه.

أمّا قولهم: «إنه بائع للعمل».

قلنا: ليس كذلك، بل هو بائع للمنفعة في الإجارة، فإن الإجارة بيع المنافع والأجرة عوض المنفعة.

يبينه: أنه إنما يجوز عقده على ما هو حقه معتاضًا عنه وحقه المنافع فيعتاض عنها بالأجرة كما يعتاض عن العين بالثمن.

وأمّا العمل وجب تسميته لإعلام المنفعة.

ويمكن أن يقال إن ذكر العمل لتقدير المنفعة المعقودة عليها لا غير؛ وهذا لأن المعقود عليه في الشرع ثلاثة: أعيان، وديون، ومنافع، ولا يعرف في المعاملات غيرها، ولا فرق عندنا بين الأجير المشترك وبين الأجير

---

(١) كذا في المخطوط، ولعله: «ذكروا»؛ لأن المعنى لا يستقيم.

الواحد في المعقود عليه.

وقولهم: «إنه بتسليم النفس في الأجير الواحد يستحق الأجرة بخلاف الأجير المشترك».

قلنا: إنما جاء هذا الافتراق لا من حيث اختلاف المعقود عليه لكن إنما اختلفا؛ لأنا في الأجير الواحد نقيم التمكن من الاستيفاء مقام حقيقة الاستيفاء؛ لأنا لو لم نجعل كذلك أدَّى إلى ضررٍ عظيمٍ بالأجير، فإن المنفعة لما كانت مقدرة بزمانٍ معلومٍ وبمضي الزمان تتعطل المنفعة عليه وينتهي العقد بانتهائه فلو لم نقرر عليه الأجرة بتمكنه من استيفاء المنافع في الزمان المعين أدّى إلى أن تتعطل المنافع على الأجير؛ من غير أن يحصل على شيءٍ، لا من قبل هذا المستأجر، ولا من قبل غيره، فإنه لا يجوز أن يؤاجر نفسه في هذا الزمان من إنسان آخر وهذا ضرر عظيم، ومثل هذا لا يوجد في الأجير المشترك؛ لأن المنفعة إنما أعملت بالعمل والعمل ممكن في أيّ زمان كان، وله أيضًا أن يعمل لغيره فلا يؤدّي إلى تعطيل منفعة عليه.

وباقي المسائل التي يفرقون بها بين الأجير المشترك والأجير الواحد غير مسلمة، وإنما الْمُسلّم هذه المسألة خاصة والفرق ما ذكرنا، وعلى هذا يبطل قول مَنْ قال من أصحابهم: إن المعقود عليه صفة الخياطة، وذلك لأن الإجارة بيع، ومن شرط البيع وجود مبيع، ولا يمكن تقدير الوجود إلّا في المنافع فقدّرنا وجودها على ما ذكرنا في مسألة الأجرة، وجوّزنا بيعها.

فأمّا بيع صفة القصارة أو صفة الخياطة، فمحال من الكلام، وهذا لأن منافعه مملوكة له وإذا حدثت حدثت على ملكه فيجوز أن يعقد عليها البيع،




فأما صفة الخياطة فغير مملوكة له وإذا حصلت لا تكون له بحالٍ فكيف يتصور أن يعقد عليها للغير أو يعتاض عنها؟، وهذا جواب معتمد.

وأمّا جواب آخر:

وهو أنا وإن سلمنا أن العقد ورد على العمل لكن العمل واحد وهو دق المثل والدّق المعتاد في مثل هذا الثوب.

أما قولهم: «إنه يتناول السليم دون المعيب».

قلنا: يتناول كل ما يدخل تحت هذا الاسم سواء سَلِمَ منه الثوب أو لم يسلم.

وأمّا قولهم: «إن عقد المعاوضة يتناول السليم».

قلنا: ليس كذلك، فإنه لو كان المعيب لا يدخل تحت العقد لكان في المبيع العين إذا وجد معيبًا لا يجوز العقد، وفي الدين إذا تجوّز بالرَّدِئ أو الزُّيوف لا يجوز.

وقد قال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه: إنه لو هَلَكَتْ الزُّيوف ولم يكن عَلِمَ القابضُ أنها زيوف ثم عَلِمَ كان القبض واقعًا موقعه ولم يرجع بشيء مما له في رأس مال السَّلم وغيره.

وقولهم: «إن العقد يتناول السليم مادام حقه قائمًا في وصف السلامة فأمّا إذا أسقط فلا».

قلنا: إذا كان العقد ابتداءً يتناول السليم دون المعيب فلا يتصور بالرضا

من بعد أن يدخل في العقد ما لم يكن دخل في الابتداء وكيف يتبدل محل العقد بمعنًى داخل على العقد؟، إنما الصحيح أن العقد يتناول السليم والمعيب إلّا أنه يصير كأنه شرط السلامة بحكم العادة، وعمل الشرط في ثبوت الرد عند وجوده على خلاف المشروط لا في صرف العقد عن تناوله إياه مثل ما لو شرط في العبد الذي يشتريه أنه خبّاز أو كاتب فإنه سواء وجده على ما شرطه أو لم يجده على ذلك يكون داخلًا تحت العقد إلّا أنه إذا لم يجد على الوصف المشروط فعمله في جواز الرد؛ ولأنه إذا هَلَكَت الزُّيوف عنده، أين الرضا في هذه الصورة؟ وقد قال أبو حنيفة ﷺ: إن القبض يقع موقعه ولم يرجع بشيء.

فإن قالوا: نحن نعلم قطعًا أن المعيب غير السليم والمعقود عليه واحد فإذا دخل السليم في العقد فلا يتصور أن يدخل المعيب وهو شيء آخر. [١٦٦/ب]

قلنا: المعقود واحد، فإن كان سليمًا فهو المعقود عليه وإن كان معيبًا فهو المعقود عليه ويكون المعيب مكان السليم.

والعلة في ذلك: أن العقد يتناول عملًا مطلقًا مشتملًا على السليم والمعيب على ما سبق، فأيّهما وجُدِ فَهو الذي يتناوله العقد مثل الزُّيوف والجياد في رأس مال السَّلم، فعلى هذا يكون المعقود عليه واحدًا، وهو عمل مطلق يوجد مرة على هذا الوصف، ومرة على ذلك الوصف وهو في نفسه واحد غير متعدد فهذا نهاية الكلام.

يبينه: أن عمل قضية السلامة لما كان هو الرد فحسب، والعمل في

مسألتنا قد اتصل بالثوب وصار مقبوضًا من هذه الجهة ولا يمكنه رده فسقط حكم قضية السلامة ولزمه المقبوض، كما قال صاحبهم[١] فيما لو قبض الزُّيوف، وهلكت ثم علم أنها زيوف لزمه المقبوض وسقط حكم الرد، وهذا غاية الإلزام.

فإن قالوا: عندنا لا يصير العمل مقبوضًا لصاحب الثوب حتى إن للقصار أن يحبس الثوب لاستيفاء الأجرة، ولا تسقط الأجرة.

قلنا: لا يجوز هذا؛ لأن إيصال العمل بالثوب فوق إيصال الطعام بالغرائر[٢]، وعندهم لو كان المسلم إليه الطعام في غرائر رب السَّلم وقد سلمها إليه ليكيل فيها يصير قابضًا فههنا أولى، وبهذا يبطل عذرهم عن الأجير في مسألةِ البزاغ أنه صار مسلّمًا إليه للعمل فإن هناك قد صار أيضًا مسلّمًا إليه للعمل بالوجه الذي بينّا وقدمنا؛ ولأن الإنسان إذا جرح غيره ففعله لا يكون في يده؛ لأنه متصل ببدن المجروح ومع ذلك يكون في ضمانه، فليس ما قالوه بشيء.

والإلزام الذي ذكره الأصحاب في مسألة البزاغ في نهاية اللزوم؛ لأنها مثل مسألتنا سواء، ويوجد فيها النوع الذي اعتمدوا عليه.

وقولهم: «إنه في نفسه إفساد».

قلنا: لا، بل إصلاح؛ ولهذا أطلق الشرع فعله وإنما يكون فسادًا إذا تأدّى إلى هلاك الدابة.

---

(١) يقصد أبا حنيفة في قوله السابق.

(٢) الغرائر: جمع غِرارة بالكسر شبه العِدل. ينظر: المصباح المنير مادة (الغِرة).

وقولهم: «إنه لا يمكنه الاحتراز عن الهلاك».

قلنا: كذلك في مسألتنا؛ لأنا بينا أن المسألة مصورة فيما إذا دقّ الدق المعتاد ولم يزد على دق المثل أصلًا وعند هذا الفعل لا يمكنه الاحتراز عن الخرق اللهم إلّا أن يقصّر في دق المثل ولا يجوز له أن يقصّر، لأنه يجبر على دق المثل وينتقض هذا القدر أيضًا بمسألة القصاص في الطرف فإن الاحتراز عن السِّراية فيه غير ممكنٍ ومع ذلك كان مضمونًا.

وقولهم: «إنه يمكنه أن يعفو ولا يقبض».

قد أجبنا عن هذا في تلك المسألة، وعلى أن سلمنا إنما يشبه مسألة القطع في السرقة؛ لأن القطع هناك مستحق، وههنا العمل مستحق فإذا لم تكن السِّراية في تلك الصورة مضمونة فكذلك في مسألتنا.

وأمّا طريقة مشايخهم وقولهم: «إن العمل مضمون».

فطريقة في نهاية الضعف؛ لأن الدق المخرق غير مضمون بالأجرة عندهم وهو الموجود، فكيف يتصور قولهم: «عمل مضمون» في هذه الصورة؟

وعلى أن الضمان الواجب ضمان عقد، وضمان العقد ضمان التزامٍ وشرطٍ، فكيف يكون سببًا لضمان التعدي؟ وينتقض بالبزاغ والحجام.

والله تعالى أعلم بالصواب، وهو الموفق والمعين.






※ (مَسْألة إحياء الموات):

إذا أحيا المسلم مواتًا بغير إذن الإمام ملكها عندنا، وإن أحياها ذمي لم يملكها وإن أذن له الإمام(١).

وعند أبي حنيفة: يملكان بإذن الإمام ولا يملكان بغير إذنه(٢).

وعند أبي يوسف ومحمد: يملكان جميعًا وإن لم يأذن الإمام(٣).

لنا:

حديث سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه قال: (مَنْ أحيا أرضًا ميتة فهي له)(٤).

وظاهره أنه نُصِبَ شرع لعموم الناس في عموم الأوقات.

مثل قوله عليه السلام: (مَنْ قتل قتيلًا فله سلبه)(٥).

---

(١) المهذب: ٥٥٣/١، ٥٥٤، النكت: ورقة ١٧٩/أ، ب، الحاوي الكبير: ٤٧٦/٧، ٤٧٨، روضة الطالبين: ٢٧٨/٥، وبه قال المالكية والحنابلة، الإشراف للبغدادي: ٧٧/٢، المنتقى للباجي: ٢٦/٦، المغني: ١٤٨/٨.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٣٤ وهو اختيار الطحاوي، مختصر القدوري: ٤٦٨/١، (مع الجوهرة).

(٣) مختصر الطحاوي: ١٣٤، ١٣٥، مختصر القدوري: ٤٦٨/١ (مع الجوهرة).

(٤) رواه البخاري في صحيحه تعليقًا: ١٨/٥ مع الفتح، باب من أحيا أرضًا مواتًا.
والترمذي في سننه: ١٤٦/٦ (مع العارضة، باب ما ذكر في إحياء الموات) والإمام مالك في الموطأ: ٢٦/٦ مع المنتقى، باب القضاء في عمارة الموات، والإمام أحمد في مسنده: ٣٢٧/٥.
والدارمي في سننه: ٢٦٧/٢، باب من أحيا أرضًا ميتة فهي له من كتاب البيوع.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٢٤٧/٦ مع الفتح، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب من كتاب الخمس، ومسلم في صحيحه: ٥٧/١٢ ـ ٥٩ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب=




(ومَنْ بَدّل دينه فاقتلوه)[1] ، (ومَنْ باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلّا أن يشترط المبتاع)[2].

ومن جهة المعنى: أنه مباح في عرضة التمول، فلم يفتقر تموله إلى إذن الإمام.

دليله: الصيود.

ودليل أنه مباح أنه لم تثبت عليه يد ويملك باليد فيكون مباحًا للأيدي كالأصل أيضًا.

ودليل أنه يملك باليد أنه إذا اتصل به إذن الإمام مُلِكَ، وإنما مُلِكَ باليد لا بإذن الإمام، فإن السبب عندهم هو الإحياء والإذن شرط.

وقد قال بعضهم: «إن الموات ملك جميع المسلمين».

= القتيل، وأبو داود في سننه: ١٦١/٣ مع المعالم، باب السلب يعطى للقاتل، والترمذي في سننه: ٥٧/٧ مع العارضة، باب ما جاء فيمن قتل قتيلًا.
والإمام أحمد في المسند: ١١٤/٣، ١٢٣، ١٩٠، ٢٧٩، ٣٠٦، ١٢/٥، ٢٩٥.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٤٩/٦ مع الفتح، باب لا يعذب بعذاب الله من كتاب الجهاد. وأبو داود في سننه: ٥٢٠/٤ مع المعالم، باب الحكم فيمن ارتد من كتاب الحدود، والترمذي في سننه: ٢٤٣/٦ مع العارضة باب ما جاء في المرتد، والنسائي في سننه: ٩٦/٧، باب الحكم في المرتد.
والإمام أحمد في المسند: ٢٨٠/١، ٢٨٣، ٣٢٣، ٢٣١/٥.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٤٩/٥ مع الفتح، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط، ومسلم في صحيحه: ١٩١/١٠ مع النووي، باب مَنْ باع نخلًا عليها ثمر، وأبو داود في سننه: ٧١٤/٣ مع المعالم، باب العبد يباع وله مال (الإجارة)، والترمذي في سننه: ٢٥٣/٥ مع العارضة، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال.

وليس بشيء، فإنه لو جاء إنسان وحفره حتى غار بحيث لا يقبل العمارة لا يضمنه، ولو كان على ما قالوه ضمن، ولو جاء [١٦٧/أ] إنسان وأخذ منه التراب لتطيين السطوح وضرب اللبن لم يمنع منه، ولو كان مملوكًا للمسلمين يمنع من ذلك.

وأمّا الدليل في الذمي على أنه لا يملك قوله ﷺ: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيّها المسلمون»(١).

ولأنه لو ملك الموات بالإحياء صار أصلًا في دار الإسلام وهو من جملة السكان بالأجرة فلم يجز تصرفه في دار الإسلام على وجهٍ يكون هو الأصل، وإذا جوّزنا إحياءه صار أصلًا؛ لأن كل مَنْ يملك هذه البقعة يتلقاها من قبله، وهذا بخلاف ما إذا اشترى أرضًا؛ لأن جواز شرائه لا يجعله أصلًا بل الأصل غيره، وهو تلقى من قبله.

❁ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا: تعلقوا بقوله ﷺ: «عادي(٢) الأرض لله ورسوله»(٣).

فلا يجوز التصرف فيها إلّا بإذن من قبل الشارع أو نائب عنه وليس إلّا الإمام؛ ولأن للإمام ولاية الموات بدليل أنه يجوز إقطاعة لذلك، فنقول

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ١٤٣/٦، باب لا يترك ذمي يحييه.

(٢) العادي: «كل أرض كان لها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس فصار حكمها إلى الإمام، وكذلك كل أرض موات لم يحيها أحد ولم يملكها مسلم ولا معاهد». قاله أبو عبيد في الأموال: ٣١١، ٣١٢.

(٣) رواه أبو عبيد في الأموال: ٣٠٦، باب الإقطاع. والبيهقي في سننه: ١٤٣/٦، باب لا يترك ذمي يحييه.

ما ثبت فيه ولاية الإمام بالدفع والمنع لم يملك منه شيء بغير إذنه.

دليله: مال بيت المال.

واستدلوا في الذمي وقالوا: سبب الملك فيستوي فيه المسلم والذمي.

دليله: الاصطياد؛ وهذا لأن المسلمين وأهل الذمة يستوون في أسباب الملك كما ذكرنا في كتاب السير.

❁ **الجواب:**

أما الخبر فهو الخبر الذي ذكرناه من قوله: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون»[1].

وقد غفلوا عن باقي الخبر، وليس مَنْ لم يعلم كمَنْ علم ولا مَنْ لم يصل إلى شيء كمَنْ وصل إليه وأدركه.

وأمّا الإقطاع فقد نقضوا بالمعادن يجوز فيه الإقطاع وتملك بمجرد الأخذ بغير إذن الإمام، وعلى أن عندنا ليس بحقيقة الإقطاع، ولو بادر إنسان وأحياها قبل إحياء المُقْطع لها يملكها الأول، فأما إذا اجتمعا يترجح المأذون له من قبل الإمام لوجود الولاية له في دار الإسلام، وهذا قطعة من دار الإسلام فإذا ترجح أحدهما بإذنه يكون أولى، كَمَنْ يقدمه للصلاة يكون أولى من غيره، ومَنْ يقدمه القاضي للخصومة يكون أولى من غيره، وإن لم يكن إذن الإمام شرطًا في واحدٍ منهما.

وقد عملوا أكثر من هذا فإنهم جوّزوا تنفيل السَّلب وقبل التنفيل يكون

---

(١) سبق تخريجه في ص: ٦٤٢.

مالًا لجميع الجيش.

وأمّا الذمي فقد ذكرنا وجه منعه من الإحياء، وخرج على ذلك الصيود؛ لأنها ليست من أصول دار الإسلام.

والحرف: إنه ليس من أهل دار الإسلام فلا يساوي في دار الإسلام أهل دار الإسلام، كما لا يساوي في كثير من الأشياء على ما عرف. والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة.

※ (مَسْألة الوقف):

مذهبنا ومذاهب أكثر أهل العلم بأن الوقف صحيح ويلزم بنفسه ويخرج الموقوف عن ملك الواقف ثم يجري أمره على شرائطه[1].

وعند أبي حنيفة: لا يلزم ما لم يقض القاضي بلزومه أو يخرجه مخرج الوصايا ويسع الثلث له، ولا يظهر دين فحينئذ يصير وقفًا أبدًا لا رجوع فيه لأحد[2].

※ لنا:

حديث ابن عون عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال: يا رسول الله إني

---

(١) الأم: ٢٨١/٣، المهذب: ٥٧٨/١، النكت: ورقة: ١٨٢/أ، الإشراف للبغدادي: ٧٩/٢، ٨٠، المغني: ١٨٥/٨.

(٢) الأسرار: ٣٣٥/٢/أ (مراد ملا)، مختصر القدوري: ٤٣٠/١ مع الجوهرة، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٥٦٢/٢.




أصبتُ أرضًا بخيبر ما أصبتُ قط مالًا هو أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال رسول الله صلى الله عليه: (إن شئت تصدّقت بها وحبست أصلها) قال: فتصدق بها على أن لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء وذوي القربى، ولا جناح على مَنْ وَلِيَها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقًا غير متموّلٍ». وهذا الخبر في الصحيحين[1].

وأخرج البخاري[2] بطريق حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن عمر أصاب أرضًا من يهودي حارثة يقال لها: ثمغ[3] فقال يا رسول الله: إني أصبت مالًا نفيسًا أريد أن أتصدق به، قال: «فجعلها صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث يليها ذوو الرأي من آل عمر فما عفى من ثمرتها جعل في سبيل الله وابن السبيل والفقراء ولذي القربى، وليس على مَنْ يليها جناح أن يأكل بالمعروف أو يطعم[4] صديقًا غير متموّلٍ منه».

قال: وتصدقت حفصة أرضًا لها على ذلك وتصدق ابن عمر أرضًا له على ذلك، وأعلم أن صحة الوقف اتفق عليها الصدر الأول ووقف

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٥٤، ٣٩٩ مع الفتح، باب الشروط في الوقف، وباب الوقف كيف يكتب.
ومسلم في صحيحه: ١١/٨٦ مع النووي، باب الوقف.

(٢) ينظر: صحيح البخاري: ٥/٣٥٤ مع الفتح، لكنه لم يخرج إلا آخره فقط كما قال البيهقي في السنن، وأخرجه البيهقي في سننه: ٦/١٥٩، باب الصدقات المحرمات مع اختلاف في اللفظ.

(٣) ثمغ: بالفتح: مال في شامي المدينة قرب كومة أبي الحمراء أصابه عمر من يهود بني حارثة، ينظر: خلاصة الوفاء: ٥٣٠.

(٤) في المخطوط بياض، وأكمل من صحيح البخاري ٥/٣٥٤ مع الفتح.

رسول الله ﷺ والصحابة [١٦٨/ب] من بعده أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وطلحة ، وزبير ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، والمسور بن مخرمة ، وجبير بن مطعم ، وعمرو بن العاص ، وأرقم بن أبي الأرقم ، وأنس ، ووقفت فاطمة ، وعائشة ، وحفصة[١] ، وغيرهم ممن يكثر عددهم[٢] واعتقدوا لزوم هذه الأوقاف فإنه روي عن عمر وعلي أنهما وَقَفا بتًّا بتلًا»[٣].

وهذا اللفظ يقتضي قطع الحقوق.

وحكى الشافعي عن أكثر من ثمانين نفر من الأنصار إنهم تصدقوا بصدقات محرمات موقوفات ، وكذلك وقف التابعون من بعد الصحابة ولم يرو أن أحدًا رجع عن وقفه أو خاصم أحد من الورثة في وقف وقفه مُورّثه واعتقد إرثه إياه وجواز بيعه وملكه فصار هذا إجماعًا من الأمة.

فإن قالوا: «عمدتكم خبر عمر ، وليس فيه أن النبي صلى الله عليه أذن له فيما فعل أو عرّفه فَرَضَيهُ ، وإنما هو فعل عمر بنفسه».

قلنا: هذا مُحال ، وإنما سأل عمر رضي الله عنه[٤] رسول الله ـ صلى الله عليه ـ عن ذلك واستأمره فيما يفعله وَفَعَلَ بإشارته ، وقد روى عبد العزيز[٥] بن

---

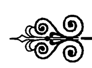
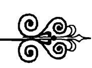
(١) روى هذه الآثار عنهم: ابن قدامة في المغني: ١٨٥/٨ ، الشافعي في الأم: ٢٧٦/٣.
ينظر: سنن الترمذي: ١٤٤/٦ ، مع العارضة.

(٢) المغني: ١٨٥/٨.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ١٦١/٦ ، باب الصدقات المحرمات.

(٤) في المخطوط زيادة (عن).

(٥) عبد العزيز بن المطلب بن عبد الله بن حنطب المخزومي أبو طالب المدني صدوق ، من السابعة ،=

المطلب عن يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر في هذه القصة قال: فقال له النبي ـ صلى الله عليه: «تصدق بثمره واحبس أصله لا يباع ولا يورث»(١).

وهذا نص أن ما فعله عمر رضي الله عنه إنما أخذه من رسول الله صلى الله عليه.

فإن قالوا: قد روي عن عمر أنه قال: «لولا أني ذكرتُ صدقتي لرسول الله صلى الله عليه لرددتُها»(٢).

وهذا يدل على أنه ما اعتقد اللزوم في الوقف الذي وقَفَه.

قلنا: هذا شيء رواه ابن شهاب منقطعًا عن عمر، والمنقطع لا يكون حجة فلا تترك الأخبار الصحيحة الثابتة في الباب بمثل هذا، وعلى أنه يجوز أن يكون معناه ردّها إلى سبيل آخر من سبل الخير؛ لأنه لا يظن بعمر ـ رضي الله عنه ـ مع حرصه على الخيرات أنه يفعل خيرًا أو يشترط ما شرطه ثم يرجع عن ذلك الخير ويرده، وقد كانت رغبتهم في الخير على الزيادة لا على النقصان.

وقد تعلق المخالفون بقول شريح: «جاء محمد ـ صلى الله عليه ـ بإطلاق الحُبُس»(٣).

وبحديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: (لا حبس في فرائض الله)(٤).

= مات في خلافة المنصور، روى له البخاري تعليقًا، ومسلم والترمذي، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ٢١٦.

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٠، باب الصدقات المحرمات، والدارقطني في سننه: ٤/١٨٧.

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٩٦.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٢، باب مَنْ قال لا حبس عن فرائض الله.

(٤) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٢ من طريق الدارقطني، الدارقطني في سننه: ٤/٦٨.



وبحديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه أنه أتى النبي ـ صلى الله عليه ـ وقال: حائطي هذا صدقة، وهو إلى الله ورسوله فجاء أبواه وقالا: إنه كان قِوام عيشنا فرده رسول الله ـ صلى الله عليه ـ إليهما فلما ماتا ورثهما ابنهما[١] عبد الله بن زيد[٢].

۞ **الجواب:**

أمّا الأول: فقوله: «جاء محمد بإطلاق الحُبُس» معناه التي كانت تفعلها الجاهلية مثل السوائب والحامي، وما أشبه ذلك فجاء رسول الله ـ صلى الله عليه ـ بإبطالها وردّها إلى أصحاب أملاكها ولا ينبغي أن يكون معنى الحديث غير هذا؛ لأن قوله: «بإطلاق الحُبُس» يقتضي حُبُسًا معهودة، والتي كانت معهودة هي هذا الحُبُس التي كانت الجاهلية يعتادونها.

فأمّا الوقوف فإنما هي شرعية ولم يعرف فعلها من أهل الجاهلية، فكيف يجيء محمد بإطلاقها؟.

وأمّا الحديث الثاني:

رواه ابن لهيعة[٣] عن أخيه عيسى[٤] بن لهيعة، وأجمع أهل العلم

---

(١) في المخطوط: «مهما»، والتصويب من سنن البيهقي.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٣، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله.

(٣) عبدالله بن لهيعة بن عقبة الحضرمي أبو عبدالرحمن المصري القاضي صدوق من السابعة خلط بعد احتراق كتبه ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرهما وله في مسلم بعض شيء مقرون مات سنة ١٨٤هـ روى له مسلم وأبو دواد والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب ١٨٦.

(٤) عيسى بن لهيعة له ترجمة في لسان الميزان: ٤/٤٠٣.




بالرجال: أنهما ضعيفان[1] ولا تقوم بروايتهما حجة، وإنما هذا شيء روي عن شريح أيضًا[2].

وعلى أن الوقف ليس بحبسٍ عن فرائض الله؛ لأن فرائض الله تعالى توجد بعد الموت، فإذا وقف في حال الحياة، فأين الحبس عن فرائض الله؟.

وأمّا الخبر الثالث:

فرواه أبو بكر بن عبدالله بن محمد بن عمرو بن حزم، وهو لم يلق عبد الله ابن زيد فيكون مرسلًا[3] ثم يحتمل أنه كان فوّض أصل الصدقة إلى رسول الله ـ صلى الله عليه ـ فرأى ـ صلى الله عليه ـ ردّها إلى أبويه.

وأمّا الكلام من حيث المعنى:

فاعلم أن المعتمد السنة، وقد وردت موردًا لا يسع خلافها وفيها غُنية عن القياس، وإن احتج محتج به فوجه ذلك التعلق بالمساجد؛ فإن جعل الأرض مسجدًا جائز بالإجماع[4]، والوقف بمثابته؛ لأنه حبسُ أصلٍ على نفعٍ عائدٍ إلى المسلمين.

ويمكن أن يقال: إنه تحبيس أصلٍ وتسبيل ثمرةٍ مثل الوقف سواء وهذا

---

(١) قال الدارقطني بعد رواية الحديث: «لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان» ينظر: السنن: ٤/٦٨.

(٢) ينظر: سنن البيهقي: ٦/١٦٢.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٢ وقال: «هذا مرسل، أبو بكر بن حزم لم يدرك عبد الله بن زيد». ا. هـ.

(٤) ينظر: المغني ٨/١٩١.

لفظ روى عن النبي ـ صلى الله عليه ـ أنه قال ذلك لعمر: حبّس الأصل وسبّل الثمرة.

وهو موجود في وقف الأراضي وبناء المساجد على وجهٍ واحدٍ؛ ولأن الصدقة الجارية بعد الموت مطلوبة من قبل الشرع بدليل قوله ـ عليه السلام: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلّا من ثلاث: ولد صالح، وعلم علّمه الناس، وصدقة جارية»[1]، ولا توجد صدقة جارية بعد موته إلا الوقف؛ ولأن الحاجة تدعو إلى بناء الرباطات والمدارس واتخاذ [١٦٨/أ] السقايات ووقف المقابر على الموتى وغير ذلك للسابلة والمسافرين والفقهاء من الغرباء والمجتازين على الطريق مثل ما توجد الحاجة إلى اتخاذ المساجد، فإذا لم نجوّز مع عموم الحاجة أدّى إلى حرج عظيم، والحرج مدفوع في الشرع، بل الحاجة إلى اتخاذ الرباطات في المفاوز واتخاذ السقايات في الطرقات أكثر من اتخاذ المساجد؛ لأن موضع النزول في المفاوز يعوز مالا يعوز موضع الصلاة.

وأمّا المخالف: ذهب إلى أن الوقوف مُجراة على شرط الواقف ولو كان يوجب زوال ملك الواقف بنفسها لم يجر على شرطه بعد زوال ملكه كالمسجد حتى لو شرط في المسجد أن يصلي قوم دون قوم لا يجوز.

قالوا: ولأنه ليس في لفظ الوقف ما يدل على زوال الملك، وإنما الوقف لمعنى الحبس، والحبس لا يدل على زوال الملك؛ ولأن جواز الحبس بالوقف يؤدّي إلى تعطيل الأملاك فلا يجوز، كما لا تجوز سوائب الجاهلية.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه مع النووي ١١/٨٥ كتاب الوصية باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد موته والترمذي في سننه: ٦/١٤٤ مع العارضة، باب الوقف.




قالوا: وأمّا الحاجة التي قلتم فترتفع بفعل الوقوف على جهة الوصية وعندنا يجوز ذلك؛ وهذا لأنه على جهة الوصية مالا يلزم منجزًا في حال الحياة.

ألا ترى أن التبرع بالمنافع لا يلزم في حال الحياة ويلزم بعد الموت وتجوز الوصية بثمرة البستان ونتاج المواشي بعد الموت ولا يجوز في حال الحياة.

قالوا: وأمّا المسجد فاتخاذ الأرض مسجدًا إبطال الملك فيها فهو كتحرير العبد فيجوز مثله، ومسألتنا بعيدة عن هذا؛ لأن الوقف لا يتضمن إبطال الملك في الموقوف فيكون الوقف في المعنى تمليك مجهولٍ من مجهولٍ أو معدومٍ من معدومٍ.

❁ **الجواب:**

أمّا التمسك بالسنة مانع من التعلق بهذه الكلمات؛ وهذا لأن المعاني إذا كانت تَرُدّ النصوص وَخَرَجَتْ عليها كانت باطلة مردودة، وعلى أن في هذه المعاني ليس لهم كثير تعلق.

أمّا إجراء الوقف على شرط الواقف فليس ذلك بدليل على فساد الوقف بدليل ما لو أخرجه مخرج الوصية ويجري على شرطه، وعلى أن ليس في إجرائه على شرطه إلّا إثبات نوع ولاية له في الوقف.

ومثل هذا جائز في الشرع، كما ثبت للمضحي من الولاية في الأضحية منعًا وإعطاءً وادخارًا وَقِرًى وغير ذلك، وإن كانت الأضحية توجب زوال




الملك، وكذلك وجوب الزكاة يقتضي إستحقاق إزالة الملك، ومع ذلك ثبت له نوع ولاية فيها بتعيين المحال من الأصناف الثمانية؛ ولأن عندنا إنما تجوز شروطه ما كانت مقرونة بأصل الوقف، والأراضي عند الوقف على ملكه فتكون شروطه فيها تصرفًا فيما يملكه فلم يمنع منه حتى لو وقف مطلقًا وجوّزنا لم يجز بعد ذلك منه شرط فيه ليجري عليه.

وأمّا قولهم: «إن لفظ الوقف لا يدل على زوال الملك».

قلنا: يتضمنه اقتضاءً وإن كان نصه لا يدل عليه.

ومعنى قولنا: «إنه تضمنه على طريق الاقتضاء»؛ لأن صرف منافع الوقف إلى جهات معلومة بقصد القربة يقتضي زوال ملكه عن الأصل وإنفاقه على تلك الجهات؛ لأنها إذا بقيت على ملكه تكون المنافع له فلا تنصرف إلى تلك الجهات فاقتضى الوقف زوال الملك ليصح الوقف».

وأمّا قولهم: «إن جواز الوقف يتضمن تعطيل الأملاك».

فليس كذلك؛ لأن تعطيل الأملاك إنما يتحقق إذا لم يكن في الوقف غرض وفائدة مثل ما كان يفعله أهل الجاهلية، فأما إذا كان حبس الأصل لفائدة إجراء الصدقة في المنافع والفوائد الحاصلة من هذا الأصل فإنه لا يكون تعطيلًا للملك ولم يكن له شبه بسوائب الجاهلية.

وأمّا الإلزام بالوقف على جهة الوصية فإلزام متوجه.

وقولهم: «قد يلزم بعد الموت ما لا يلزم في حال الحياة».

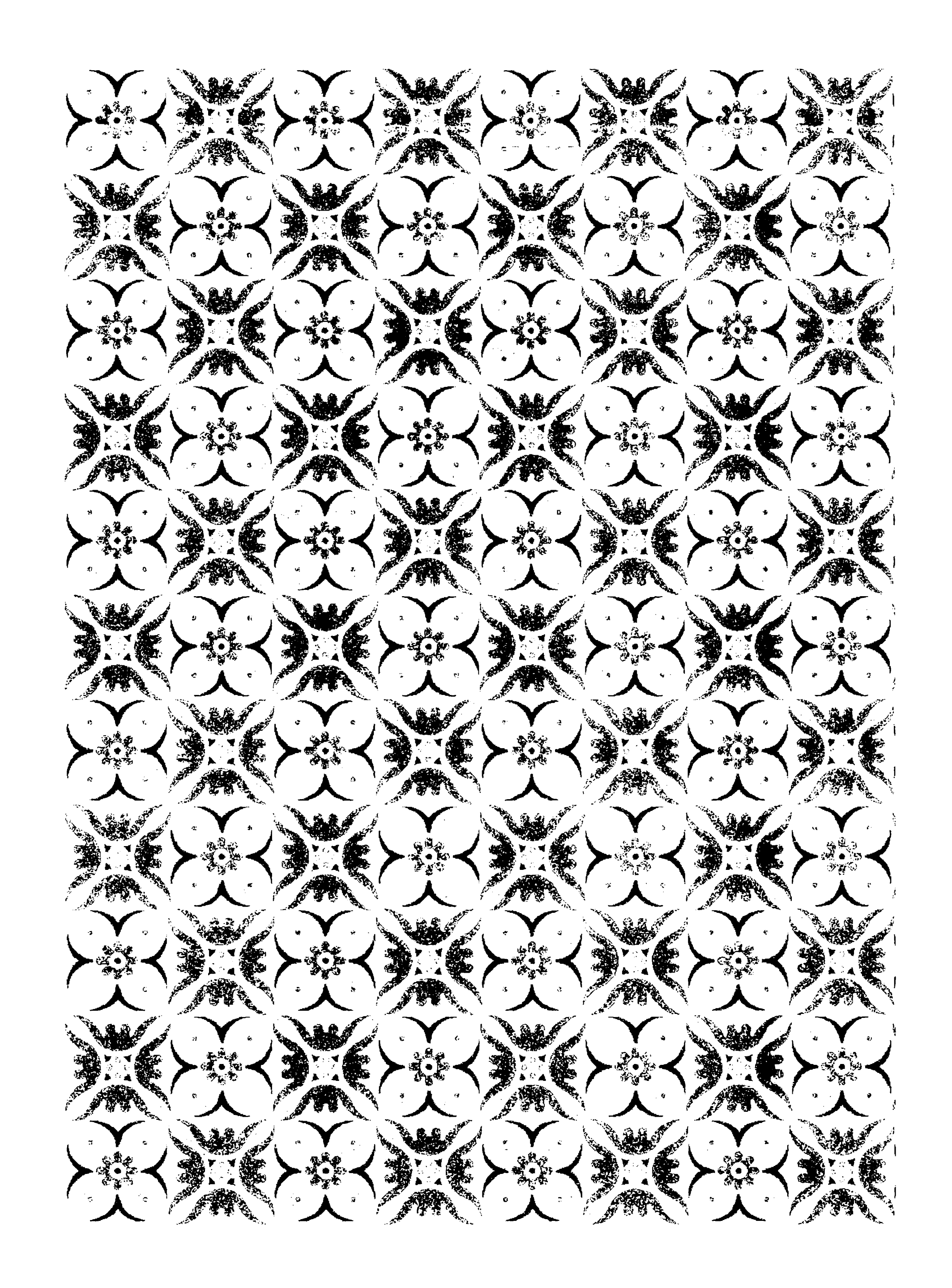
قلنا: الأصل في الوقف إزالة الملك عن هذا الأصل وإرصاد منافعه

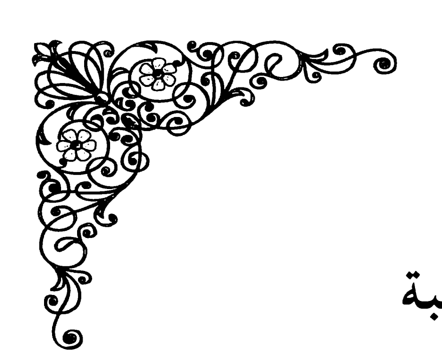
لجهة من الجهات تُصرف إليها، وهذا الإرصاد تبع لزوال الملك، وإزالة الملك عن الأصول لغرضٍ صحيحٍ يستوي فيها حال الحياة، وحال الوفاة بدليل اتخاذ المسجد وعتق العبد وغير ذلك على ما سبق.

هذا نهاية الإمكان، والمعتمد السنة التي ذكرناها.

والله تعالى أعلم بالصواب








كتَابُ الهبة

※ (مَسْأَلَة): [١٦٨/ب]

الملك الواقع بالهبة ملك لازم لا رجوع فيه للواهب إلّا في الأب يهب لولده[١].

وعندهم: الملك الواقع به غير لازم، وإنما يلزم بعارض دليل فإذا وهب شيئًا لأجنبي فله أن يرجع فيها ما لم يعوّض وإن وهب لذي رحم محرم فلا رجوع له، وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه[٢].

لنا:

حديث عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عباس، وابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل للرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة ويرجع منها إلّا الوالد فيما يهب لولده»[٣]. وهذا نص في المسألتين.

---

(١) الأم: ٣/٢٨٣، ٢٨٤، مختصر المزني مع الأم: ٣/١٢٢، المهذب: ١/٥٨٣، النكت: ورقة ١٨٣/ب، ١٨٤/أ، روضة الطالبين: ٥/٣٧٩، معالم السنن: ٣/٨٠٩، وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني: ٨/٢٧٧.

(٢) الأسرار: ١/١٩٠/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣٨، ١٣٩، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٢٣ ـ ٤٢٥، المبسوط: ١٢/٥٣، رؤوس المسائل: ٥٥٠ إيثار الإنصاف: ٢٨٢.

(٣) رواه الترمذي في سننه: ٨/٢٦٤ مع العارضة وقال: حديث حسن، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، وأبو داود في سننه: ٣/٨٠٨ مع المعالم، باب الرجوع في الهبة،=




قالوا: رواه حسين المعلم عن عمرو بن شعيب وقد كان مدلّسًا.

قلنا: قد وثقه يحيى بن معين(١)، والتدليس إذا لم يكن في عامة روايات الرجل لا يقدح في روايته.

قالوا: روى هذا الخبر ابن جريج عن الحسن(٢) بن مسلم عن طاووس مرسلًا(٣).

وهذا هو الأصح، والمرسل لا يكون حجة.

قلنا: رواه مسندًا أبو داود في سننه(٤)، وما يرونه حجة.

فإن قيل: يحمل الخبر على الكراهية، وعندنا يكره للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد عند الحاجة لا يكره له ذلك فقد قلنا بموجب الخبر.

والجواب:

أن ظاهر النهي للتحريم إلّا أن يقوم دليل، فأما استثناء الوالد فلا يستقيم عندهم بحال في المحل الذي ورد فيه الحديث؛ لأن الاستثناء في الرجوع،

= وابن ماجه في سننه: ٧٩٥/٢، باب مَنْ أعطى ولده ثم رجع فيه، والإمام أحمد في المسند: ٧٨/٢، والدارقطني في سننه: ٤٢/٣، ٤٣.

(١) ينظر: تهذيب التهذيب: ٣٣٨/٢، سنن الدارقطني: ٤٢/٣.

(٢) الحسن بن مسلم نيّاق المكي، ثقة، من الخامسة، ومات قديمًا بعد المئة بقليل، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة.
ينظر: التقريب: ٧٢.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه: ١١٠/٩، والدارقطني في سننه: ٤٣/٣.

(٤) سنن أبي داود: ٨٠٨/٣، ٨٠٩ مع المعالم.

وإذا وجدت الحاجة فلا رجوع إنما هو أخذ ماله بسبب الحاجة بقيام الدليل عليه مثل ما يأخذ سائر أمواله إذا احتاج إليها، ونحتج في جانب الوالد على الخصوص بحديث الزهري عن حميد[1] بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير أن أباه نحله غلامًا له، فأتى النبي ـ صلى الله عليه ـ يشهده عليه فقال: أكل ولدك نحلت هذا؟ قال: لا، قال: فاردده».

وفي رواية: «فارتجعه»[2]، وفي رواية: «فرد أبي تلك الصدقة»[3].

فإن قالوا: «يحتمل أنه لم يكن سَلَّم إليه».

قلنا: هذا لا يصح؛ لأن النعمان بن بشير كان صغيرًا في زمان النبي ـ صلى الله عليه ـ وقيل: إنه كان ابن عشر سنين عند وفاة النبي ـ عليه السلام ـ وعندكم مَنْ وهب لابنه الصغير شيئًا يصير مسلّمًا إليه بنفس العقد؛ ولأنه قال: «فارتجعه». والارتجاع: يكون بعد التسليم.

والمعنى: أن الهبة عقد تمليك فإذا تمّ به الملك لم يجز للمالك الرجوع فيه بنفسه.

---

(١) حميد بن عبد الرحمن بن عوف الزهري أبو إبراهيم ويقال: أبو عبد الرحمن ويقال: أبو عثمان المدني، ثقة، مات سنة ٩٥هـ، وسنّه (٧٣) سنة، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: تهذيب التهذيب: ٤٥/٣.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٢١١/٥، مع الفتح، باب الإشهاد على الهبة.
ومسلم في صحيحه: ٦٥/١١، ٦٦ مع النووي، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة.
وأبو داود في سننه: ٨١١/٣، ٨١٢، مع المعالم، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل.
والإمام أحمد في مسنده: ٢٦٨/٤، والدارقطني في سننه: ٤٢/٣.

(٣) في صحيح البخاري قال: «فرجع فردّ عطيته» ٢١١/٥ مع الفتح.

دليله: البيع.

والفقه: أن العقد إذا تم مفيدًا لحكمه فلا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه ونقضه إلّا بسببٍ جديدٍ ولا سبب سوى العقد، والعقد لا يكون سببًا لنقضه؛ لأن الشيء لا يوجب ضده؛ ولأن الرجوع ردّ ملك الموهوب له، وردّ ملك الموهوب له تصرف عليه ولا ولاية له عليه حتى يتصرف في رد ملكه.

وقد قال بعض أصحابنا: «إن الملك بالهبة شبيه الملك بالمواريث فلا يرد».

وليس هذا بشيء؛ لأن الملك بالميراث يثبت شرعًا فلا يقبل الردّ، والملك في مسألتنا يثبت بالعقد، والعقد يقبل الفسخ؛ لأن ما يعقد يُحلّ، ولهذا لو تراضيا على فسخه ورد الملك إلى الواهب جاز.

وأمّا رجوع الوالد فيحال به على النص هذا هو الصحيح، وليس فيه معنى يمكن الاعتماد عليه.

والذي قالوا: إنه وهب كسبه لكسبه.

«فليس تحته معنىً ولو كان كذلك لم يجز العقد أصلًا، كما لو وهب لغلامه شيئًا».

والذي قالوا: «إن للوالد حقًا في مال ولده».

فليس فيه دليل أيضًا على جواز الرجوع؛ لأن ذلك الحق إن ثبت لا يظهر عمله إلّا في موضع خاص وهو جواز الاستيلاد فأما في غيره من الأحكام فلا عمل له فيه أصلًا.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: روى أبو هريرة أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: (الواهب أحق بهبته ما لم يُثبْ منها)[1].

قالوا: وقوله: «أحق» يقتضي ثبوت حق للموهوب له وثبوت حق للواهب ثم تقديم حق الواهب على الموهوب له، وذلك لا يكون إلا بعد أن يهب ويسلّم.

قالوا: وروي عن علي وعمر أنهما قالا: «فيمن وهب لذي رحم محرم له، لا رجوع له»[2].

وربما يسندون إلى النبي عليه السلام[3].

قالوا: ولأن المقصود تخلّف في الهبة للأجنبي إذا فات العوض وفوات المقصود يثبت حق الفسخ للعاقد إذا كان العقد يقبل الفسخ.

دليله: المشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا، فإن السلامة لما كانت مقصودة وفاتت بوجود العيب يثبت حق الفسخ، وإنما قلنا إن المقصود تخلّف؛ لأن العوض مقصود في الهبة بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحۡسَنَ مِنۡهَآ أَوۡ رُدُّوهَآ﴾[4]، وهذه الآية في الهبة أظهر منها في السلام، لأن الرد

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٤٤.
وابن ماجة في سننه: ٢/٧٩٨، باب مَنْ وهب هبة رجاء ثوابها.

(٢) رواه مالك في الموطأ: ٦/١١٠ مع المنتقى، باب القضاء في الهبة (عن عمر).
وذكره ابن قدامة في المغني: ٨/٢٦٤، واستدل به الدبوسي في أسراره: ١/١٩٠/أ (مراد ملا).

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٤٤، وقال: تفرد به عبد الله بن جعفر.

(٤) سورة النساء، آية: ٨٦.

للشيء يقتضي ردّ ذلك الشيء بعينه، وهذا يتصور في الهبة فأما في السلام فلا؛ لأن رد [١٦٩/أ] مقابلته بمثله لا ردّه بعينه.

وقال ﷺ: «مَنْ اصطنع عندكم معروفًا ـ يعني إليكم ـ فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تعلموا أنكم قد كافأتموه»[١]؛ ولأن المعروف بالمال يسمي قرضًا، والقرض يقتضي الجزاء وقد قال لبيد[٢]:

وإذا جُوزِيت قَرْضًا فاجْزِهِ   إنما يجزي الفتى ليسَ الجَمَلْ

ويقال: الأيادي قروض، وبهذا الطريق سُمّيت الصدقة قرضًا؛ لأنها تقابل بمثلها؛ ولأن في عادة عامة الناس إنما يطلب من الهبات محض الثواب، ألا ترى أن الإنسان إذا عَدّ مِنّة على الإنسان بعدّ مَنّها أعطاه إياه من المال، ثم عدم تعويضه مِنّة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المطلوب هو التودد والتحبب واستجلاب الشكر والثناء؛ لأن هذه عادة أهل الكرم والجود، فأمّا عادة أهل البخل واللؤم فنفس المال مقصود، وكذلك يقصدون الثواب، والمعتبر عادة عامة الناس وعامّة عادتهم طلب الثواب.

وأمّا مَنْ يطلب التودد والتحبب فنادر بين الناس فلا يعتبر.

قالوا: وأمّا إذا وهب لذي رحم محرم فإنما سقط الرجوع لاتصال المقصود بالهبة وهو صلة الرحم، فصار كما لو وهب من أجنبي وعُوّض منه.

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٢/٣١٠ مع المعالم، باب عطية من سأل بالله.

(٢) ينظر: ديوانه: ١٧٩.

قالوا: وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه قد اتصل به المقصود وهو طلب المودة والمحبة(١).

الجواب:

أما الخبر الأول: فقد رواه إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع(٢).

قال أبو نعيم: لا تساوي روايته فلسين(٣).

وقال يحيى وأبو حاتم: هو ضعيف(٤).

وقال أبو زرعة: يكتب حديثه ولا يحتج به(٥).

ورواه عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة(٦)، وعمرو بن دينار لم يلق(٧).

وأمّا الذي نقلوا عن عمر(٨) وعلي فلا يُعرف، وإنما رُوي مثل ما زعمه أبو حنيفة في ذوي المحارم عن عبيد الله(٩) بن الحسن العنبري فحسب.

---

(١) ذكر هذه الاستدلالات الدبوسي في أسراره: ١/١٩٠/أ، ب (مراد ملا).

(٢) إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع الأنصاري أبو إسحاق المدني، ضعيف من السابعة، روى له البخاري تعليقًا، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ١٩.

(٣) ينظر: تهذيب التهذيب: ١/١٠٥.

(٤) ينظر: تهذيب التهذيب: ١/١٠٥.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٤٣، ٤٤.

(٧) كذا في المخطوط ولعله: «يلقه».
قال ابن حجر في تهذيب التهذيب نقلًا عن ابن أبي حاتم عن أبي زرعة إنه «لم يسمع من أبي هريرة».
ينظر: تهذيب التهذيب: ٨/٣٠.

(٨) قول عمر سبق تخريجه في أول المسألة وأما قول علي فلم أقف عليه.

(٩) عبيد الله بن الحسن العنبري البصري قاضيها، ثقة، فقيه، لكن عابوا عليه مسألة تكافؤ الأدلة،=



وقد نقل أصحابنا مثل قول الشافعي عن عمر وابن عباس وابن عمر[1].

والذي أسندوه إلى الرسول نقطع إنه باطل[2].

وقد روى قتادة عن ابن المسيب عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه».

قال همام[3]: قال قتادة: «ولا نعلم القيء إلّا حرامًا»[4].

وأمّا المعنى الذي تعلقوا به. وقولهم: «إنه عقد تخلّف عنه مقصوده».

قلنا: ليس كذلك؛ لأن الأحكام مقاصد العقود، وقد اتصل به حكمه في مسألتنا وهو الملك، وفي المبيع إذا وجد معيبًا إنما يرده باعتبار فوات جزءٍ من المبيع على ما عرف.

والمعتبر من الجواب أن الهبة غير معقود لطلب العوض إنما هي تبرع

= من السابعة، ما سنة ٦٢، وليس له عند مسلم سوى موضع واحد في الجنائز، روى له مسلم وأبو داود في الناسخ والمنسوخ، ينظر: التقريب: ٢٢٤.

(١) ذكر ذلك الشيرازي في النكت: ورقة ١٨٣/ب.

(٢) ينظر: سنن الدارقطني: ٤٣/٣، وقال بعد سياق الحديث: «لا يثبت مرفوعًا».

(٣) همام بن يحيى بن دينار العَوْذِي (بفتح المهملة وسكون الواو وكسر المعجمة)، أبو عبد الله، أو أبو بكر البصري، ثقة ـ ربما وهم ـ من السابعة، مات سنة ١٥٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة.

ينظر: التقريب: ٣٦٥.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٢٣٤/٥ مع الفتح، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته. ومسلم في صحيحه: ٦٤/١١ مع النووي، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة، وأبو داود سننه: ٨٠٨/٣ مع المعالم، باب الرجوع في الهبة، وابن ماجة في سننه: ٧٩٧/٢، باب الرجوع في الهبة.

بالملك على الغير أو محض إفضالٍ وإحسان مع الغير.

قالوا: العاقل لا يفعل سببًا إلّا لنفعٍ يصل إليه، فأيش نفع الواهب؟.

قلنا: الذكر الجميل، والثناء الحسن، واكتساب المودة والمحبة في قلوب الناس، واصطناع المعروف؛ وهذا لأن فعل المعروف مدعو إليه لعينه، والإفضال إلى الناس حسن في الطباع لنفسه.

ويقال لهم: اعتبار عادة الكرام أولى من اعتبار عادة الأخسّة.

وقولهم: «إن أهل الكرم قد قلّوا».

قلنا: لَمّا قلّ أهل الكرم فقد قلّت المكارم أيضًا، وأهل الفضل نادر، والإفضال نادر، فهو نادرٌ من نادرٍ، وعلى أنه كان ينبغي أن يقال: إنه إذا وَهَبَ مَنْ يعلم أنه يَقْصِدُ بهبته محض الإفضال لا يرجع، وإذا وَهَبَ مَنْ يعلم أنه يَقْصِد التعويض يرجع إذا كان التعويض مطلوبًا في العادة، والمعتاد منزلة المشروط فينبغي أن يكون حكم كل الهبات حكم الهبة بعوضٍ فيأخذ حكم البياعات.

وعندهم: أن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة وتتم معاوضةً حتى تجب فيه الشفعة ويرد بالعيب، فاجعلوا هذا حكم جميع الهبات.

فإن قالوا: «إن هذا في العوض المصرّح به».

قلنا: المعهود عرفًا كالمصرّح به.

بدليل: مسألة نقد البلد.

فإن قالوا: إن العوض هناك معلوم، وههنا مجهول.

قلنا: فاجعلوا الهبة بعوضٍ مجهولٍ بمنزلة البيع الفاسد وَوَفّروا عليه أحكامه، فهذه وجوه معتمدة في الجواب عن طريقتهم.

وقد قال الأصحاب: إنه لو كان المقصود عرفًا معتبرًا وجب أن لا يسقط الرجوع إلّا إذا كان العوض أكثر من الموهوب؛ لأن المعتاد أنه يُوهبُ الشيء لِطَلَبَ ما هو أكثر منه، وحين سقط الرجوع بالعوض اليسير دل أن العرف ساقط. وهم يقولون على هذا إنما سقط الرجوع في الهبة التي قلتم لرضا الواهب بالسقوط حين قبل العوض اليسير...[1] ينبغي أن لا يرضى به ولا يقبله حتى لو رضى [١٦٩/ب] بشكره وثنائه عند الناس فإنه يسقط رجوعه أيضًا، أورده بعضهم.

وما قدّمناه من الأجوبه كافٍ[2].

وأمّا قولهم: «إن في هبة ذوي الأرحام اتصل بها مقصودها».

قد دخل الجواب عن هذا فيما قدمناه، وعلي أنه إذا وَهَب لجاره أو لابن عمه فإنه يرجع عندكم وإن اتصل بها المقصود من صلة الجار وابن العم.

وقد قال أبو حنيفة[3]: لو وهب لعبد أخيه يرجع، وقد اتصل به المقصود من صلة الأخ، فإن الملك يقع له.

ألا ترى أنه لو أوصى لعبد قاتله لا يجوز عندهم؛ لأن الملك واقع للقاتل.

---

(١) في المخطوط الكلمة غير واضحة.
(٢) في المخطوط: كافي.
(٣) ينظر: الأسرار ١/١٩١/أ (مراد ملا).




قالوا: إذا وهب لابنه الصغيركيف يجوز رجوعه؟ وهو يتضمن إبطال ملكه، وقد قُيِّد تصرفه بشرط النظر، ولا نظر في الرجوع.

قلنا: ولايته في أملاكه قيّدت بشرط النظر وليس الرجوع بحكم الولاية.

وإنما الرجوع مبتنى على عقدٍ عُقِدَ له يكون الرجوع موجبه، بدليل قام عليه، فليس هذا من الباب الذي ظنّوه.

والله أعلم بالصواب

※ (مَسْألة):

هبة المشاع صحيحة موجبة لملك عند اتصال القبض بها سواء كانت فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتمل القسمة[1].

وعندهم: توجب الملك في المشاع الذي لا يحتمل القسمة ولا توجبه في المشاع الذي يحتمل القسمة[2].

لنا:

أن الهبة عقد تمليك فصح في المشاع موجبًا لحكمه.

---

(١) الأم: ٢٨٤/٣، المهذب: ٥٨٣/١، النكت: ورقة ١٨٣/أ، روضة الطالبين: ٣٧٦/٥، معالم السنن: ٨٠٩/٣.
وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني: ٢٤٨/٨.

(٢) الأسرار: ١٨٦/١/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣٩، مختصر القدوري: ٤٢٠/١ مع الجوهرة، إيثار الإنصاف: ٢٨٠.




دليله: البيع ؛ وهذا لأنها لما كانت عقد تمليك فصحته بصدره من أهله في محله ، ومعلوم أن الواهب من أهل الهبة.

وأمّا وجود المحل: فإن الهبة لما كانت عقد تمليك فما يكون محل الملك يكون محل الهبة.

ونقول أيضًا: إن الهبة عقد شرعي مشروط بشرط ، والعقد في المشاع منعقد ، أمّا عندنا فظاهر ، وعندهم: فلأنه لو وهب نصف دار ثم قسم وسلّم فإنه يجوز ويملكه الموهوب له ، ولا يحتاج إلى تحديد الهبة ، فدل أن العقد في المشاع قد وُجِدَ وانعقد.

يبينه: أنه إذا كان هذا النصف محل العقد والعقد لا يُعنى لعينه إنما يُعنى لحكمه فوجب أن يكون محل حكمه ؛ لأنه لا يتصور أن ما لا يكون محل حكم العقد يكون محل العقد.

وأمّا الشرط فهو التسليم وقد وُجِدَ في المشاع حسب ما يوجد في المفرز.

والدليل عليه: الحسّ والعيان فإنه لو وهب منه نصف الثوب وسلّم الثوب إليه فقد حصل الجزء الشائع في قبضه قطعًا.

وأمّا من حيث الحكم: فالدليل عليه: القبض في عقود المعاوضات فإنه صحيح في المشاع مفيد حكمه ، ويلزمهم البيع الفاسد على أصلهم وصورته: لو باع شقصًا بيعًا فاسدًا من إنسانٍ وسَلّم إليه مَلَكَه عندهم وهو نظير الهبة من أصولهم ، فإن العقد بنفسه لا يفيد الملك في الموضعين ما لم يتصل به القبض ومع ذلك حكموا بالملك في الصورة المذكورة وهذا في نهاية الإلزام.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا بقول أبي بكر الصديق لعائشة - رضي الله عنهما - حين نحلها أوساقًا[1] من التمر بالعالية: «وأنكِ لم تكوني حُزتيه ولا قبضتيه، وإنما هو اليوم مال الوارث»[2].

قالوا: والحيازة عبارة عن القسمة؛ لأن الحيازة هي جمع الشيء في حيّز، والمشاع متفرق فبالقسمة يجمع في حيّزٍ واحدٍ.

دل أن الحيازة: عبارة عن القسمة.

ورووا أيضًا عن جماعة من الصحابة[3] أنهم قالوا: لا تصح الهبة إلّا محوزة مقبوضة.

وقد عبّروا عما قلناه وقالوا: الحيازة جمع الشيء المتفرق.

قال الشاعر:

كقابض ماءٍ لم تحُزْهُ أناملُه[4]

---

(١) الوسق: ستون صاعًا بصاع النبي ﷺ، والصاع: خمسة أرطال وثلث، وجمعه أوساق. ينظر: المصباح المنير مادة (وسق).

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٩٣/٦ مع المنتقى، باب ما لا يجوز من النحل.
والبيهقي في سننه: ١٧٠/٦، ١٧٨، باب شرط القبض في الهبة، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية.

(٣) ذكر ذلك ابن قدامة في المغني عن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم.
ينظر: المغني: ٢٤٥/٨.

(٤) البيت لضابئ بن الحارث البرجمي وصدره:
فإني وإيّاكُمْ وشوقًا إليكُمُ ... كقابض ماءٍ لم تسِقْهُ أناملُهْ
ذكره في اللسان في مادة (وسق)، وفي الخزانة للبغدادي: ٣٢٧/٩ (تُطِعْهُ أناملُهْ).




أيّ لا يجتمع ذلك، والقسمة جمع الأجزاء الشائعة؛ لأنها إفراز وإنما يفرز النصيبان بحيّزين، وذلك إذا اجتمعت هذ الأجزاء في هذا الحيّز وهذه الأجزاء في هذا الحيّز.

قالوا: ولأن الهبة لا توجب الملك إلّا بقبضٍ وهو بمنزلة القبول في باب الشراء، وتمام القبض في مشاعٍ يحتمل القسمة بالقسمة فلا يقع الملك قبلها لعدم تمام الملك، كما إذا لم يتم القبول في البيع من المشتري لا يقع به الملك.

والدليل على أن تمام القبض بالقسمة أن القبض عبارة عن الحيازة باليد، وتمام الحيازة بالقسمة؛ لأنها كاسمها إفراز في مكانٍ ولا سبيل إلى ذلك إلّا بالاجتماع ولا اجتماع إلّا بالحيازة؛ ولأنا بيّنا أنها عبارة عن الحيازة فدل أن تمام القبض بالقسمة.

ويدل من حيث الحكم: أن مَنْ اشترى شقصًا يملك أن يطالب البائع بالقسمة قبل القبض، والأصل أن المشتري لا يطالب البائع قبل القبض إلّا بالتسليم.

ويدل عليه: أن المشتري للشقص إذا قاسم مع البائع ليس للشفيع أن ينقضه إنما لم [١٧٠/أ] ينقضها لأنها قبض، ألا ترى أنه لو كان تصرفًا آخر يبطله.

قالوا: وليس يلزم هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة؛ لأنه إذا لم يحتمل القسمة فلا قَبَضَ فيه أكثر من التخلي به شائعًا إذا لا تتصور فيه الحيازة التي قلناها فسقط ما وراءه وجعل هذا قبضًا تامًا لعذر العجز فيما سواه.



قالوا: ولا يلزم البيع الفاسد في الشقص حيث يجب الملك فيه بالتسليم؛ لأن سبب الملك هو العقد في البيع الفاسد؛ لأنه بيع وإنما القبض شرط فإذا لم يكن الملك بالقبض لم يُعتبر تمامه، وفي مسألتنا الملك واقع بالقبض؛ لأنه تبرع فاعتبر تمامه.

وقد سلكوا طريقة أخرى فقالوا: لو جوّزنا الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة يؤدّي إلى إيجاب الضمان على المتبرع في عين ما تبرع به وهذا لا يجوز.

وَعَنَوا ضمان القسمة وقاسوا على ضمان التسليم.

وحرفهم في هذه الطريقة: أن الهبة عقد تبرع بما ليس عليه فلا يلزمه حق كان ثابتًا له قبل الهبة إلّا أن يتبرع به باختياره.

قالوا: وليس يلزم هبة النصف من الشريك؛ لأن الشيوع عندنا يمنع الملك في الهبة لمعنًى ثم أدير الحكم على الشيوع لا على ذلك المعنى كالسفر يفيد الرخصة لمعنى المشقة ثم يدار الحكم على السفر لا على المشقة.

۞ الجواب:

أمّا أخبار الصحابة فالمراد من لفظ «الحيازة» هو القبض، وقد وجد القبض في المشاع.

وقولهم: «إن تمام القبض لم يوجد».

لا يصح، بل وُجِدَ تامًا؛ لأن القبض شيء حسّي فإذا وُجِدَ لم يتصور نقصانه ولا الزيادة عليه كسائر الأفعال الحسّية.




وهذا لأن القبض حقيقة تحصيل الشيء في يده، والقسمة إفراز نصيبٍ من نصيبٍ وهما شيئان مختلفان حقيقة فلا يكون أحدهما بمعنى الآخر.

وقولهم: «إن القبض حيازة، والحيازة جمع الأجزاء المتفرقة».

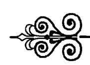
قلنا: بلى، الحيازة جمع الشيء، ولكن هو جمع الشيء بتحصيله في يده واحتوائه عليه قبضًا، فأمّا إفراز هذا المقبوض عن شيء آخر فليس من التحصيل من اليد في شيء.

ويقال لهم: من حيث التصوير الحسّي إذا باع نصف ثوبٍ من إنسانٍ وسلّم الثوب إليه فإنا نعلم قطعًا أن الجزء المشاع قد حصل في يده، إلّا أنه مع جزء آخر لا يتميز عنه، فإذا مُيّز عن ذلك الجزء ـ القسمةُ محضُ إفرازٍ ـ فعلى أيّ وجهٍ ازداد القبض في ذلك الجزء الشائع؟ وكيف يتصور أن يكون تمييز مختلطين في يده زيادة في إثبات يده على شيء من أجزاء العين؟ فتبين أن ما قالوه كلام غير معقول.

وأمّا دليلهم على هذا من هذا الحكم: «فليس بشيء».

أمّا القسمة قبل القبض إن قلنا تمليك لا يجوز، وإن قلنا محض إفراز جاز؛ لأنه ليس في عدم القبض معنًى يمنع من الإفراز.

وأمّا مسألة الشفعة: فليس ينقض الشفيع كُلَّ تصرفٍ يفعله المشتري كالبناء عندنا، والزراعة عندكم؛ وهذا لأنه إنما ينقض من التصرفات ما يمنع حقه، والقسمة ليست بتصرفٍ يمنع حق الشفيع حتى يبطله الشفيع فيدخل على هذه الطريقة بيع الشقص بيعًا فاسدًا فإن عندهم يملك الشقص بالقبض



ولو لم يكن تامًا لم يملكه.

وقولهم: «إن الملك هناك بالعقد وههنا بالقبض».

قلنا: وفي الهبة بالعقد؛ لأن الهبة إيجاب الملك والموجب للملك عقد إيجاب الملك، والقبض يكون شرطًا لضعف العقد مثل البيع الفاسد عندهم شرط القبض فيه لإفادة الملك لضعف العقد.

وأمّا الطريقة الثانية:

قلنا: نقول بطريق المجادلة: أن القسمة باختياره للطلب، ومتى دخل اختيار مختارٍ على سببٍ قطع حكم السبب بدليل مسألة فتح القفص على الطائر على أصلهم، ثم تبطل هذه الطريقة معنًى بهبة المشاع من الشريك فإنه لا يجوز عندكم وضمان القسمة منتفٍ[1]، وعذرهم باطل؛ لأنه لو كان المعنى ما قالوه وجب أن لا تجوز الهبة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة ويدور الحكم على الإشاعة، ويدخل القرض أيضًا على جميع ما يقولونه، فإن عندهم يصح القرض في المشاع وإن كان تبرعًا.

وصورة الإلزام هي مسألة نصوا عليها، وذلك إذا دفع ألف درهم إلى إنسانٍ ليكون نصفه قراضًا ونصفه قرضًا.

قالوا: يجوز وهو إثبات القرض في المشاع، وإذا صح في القرض فتكون الهبة مثله.

ثم الجواب فقهًا: إن الموجب للقسمة هو اختلاط الملكين ليس هو

---

(١) في المخطوط: منتفى.



نفس الملك.

فإن قالوا: إن الملك علة الاختلاط فينسب الحكم إلى علة العلة كما ذكروا في مسألة شراء [١٧٠/ب] القريب.

قلنا: نسبة الحكم إلى علة العلة يؤدّي إلى ما لا يتناهى وما من شيءٍ إلا له علة وما لا يتناهى يقطع، وعلى أن المعنى المخيل في وجوب القسمة اختلاط الملكين دون أصل الملك فيحال بالقسمة على الاختلاط لا على ما قالوه.

والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْألة اللقطة):

جهة اللقطة بعد تعريفها سنةً جهة التملك بشرط الضمان حتى يجوز للغني والفقير جميعًا[١].

وعندهم: جهتها جهة الصدقة حتى يجوز للفقير دون الغني.

قالوا: فإذا تصدق إذا كان غنيًا أو استنفق على جهة الصدقة إذا كان فقيرًا ثم ظهر المالك خيّره بين الأجر والضمان[٢].

---

(١) المهذب: ٥٦١/١، النكت: ورقة ١٨٠/أ، شرح النووي على مسلم: ٢٨/١٢.
وبه قال أحمد وإسحاق بن راهويه. ينظر: معالم السنن: ٣٢٩/١، شرح السنة للبغوي: ٣١٠/٨.

(٢) الأسرار: ١٨٤/١/أ (مراد ملا).



لنا:

حديث مالك عن[1] ربيعة [2] عن يزيد[3] مولى المُنْبِعِث عن زيد بن خالد الجهني أنه قال جاء رجل إلى النبي ـ صلى الله عليه ـ فسأله عن اللقطة فقال[4]: «اعرف عفاصها[5] ووكاءها ثم عرِّفها سنة فإن جاء صاحبها وإلّا فشأنك بها»، قال: فضالّة الغنم، قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»، قال: الإبل، قال: «مالك ولها، معها سقاوها وحذاوها ترد الماء وتأكل الشجر، دعها حتى يلقاها ربها».

وفي رواية: (وإلّا فاستنفقها فإن جاء ربها فأدّها إليه).

يعني الضمان، والخبر في الصحيحين[6].

---

(١) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري ومن موطأ مالك. ينظر: حاشية (٣) في ص ٢٩٢.

(٢) ربيعة بن أبي عبد الرحمن التيمي مولاهم أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ، ثقة، فقيه مشهور، من الخامسة، مات سنة ١٣٢هـ، وقيل سنة ١٤٢هـ، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: التقريب: ١٠٢.

(٣) يزيد مولى المُنْبِعث بضم الميم وسكون النون، مدني صدوق، من الثالثة، روى له أصحاب الستة.
ينظر: التقريب: ٣٨٥.

(٤) في المخطوط: فقا.

(٥) عفاصها: العِفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة، أو غير ذلك.
ينظر: المصباح المنير مادة (عفص).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٨٤ مع الفتح، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، ومسلم في صحيحه: ١٢/٢٠ مع النووي، كتاب اللقطة، ومالك في الموطأ: ٦/١٣٤ مع المنتقى، باب القضاء في اللقطة، وأبو داود في سننه: ٢/٣٣١ مع المعالم،=




ويدل عليه: «حديث أبيّ بن كعب أنه وجد صُرةً فيها مئة دينار فأمره النبي ﷺ أن يعرفها ثلاثة أحوال».

وفي رواية: «حولًا» فعرّفها فلم يجد صاحبها فقال: «اعرف عددها ووعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلّا فاستمتع بها» ذكره البخاري في صحيحه[1].

وروى عطاء بن يسار أن عليًا وجد دينارًا فذكر ذلك للنبي ﷺ «فأمره أن يعرّفه، فلم يُعرفْ فأمره أن يأكله ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه»[2].

والاستدلال بهذه الأخبار ظاهر.

أمّا الخبر الأول: قال: «فشأنك بها»، ولم يفصل بين الغني والفقير.

وأمّا الخبر الثاني: فقد كان أبيّ بن كعب من مياسير أهل المدينة[3]

= كتاب اللقطة.

والترمذي في سننه: ٦/١٣٦ مع العارضة، باب ما جاء في اللقطة، وضالة الإبل والغنم.

وابن ماجة في سننه: ٢/٨٣٧، ٨٣٨، باب ضالة الإبل والغنم.

(١) ينظر: صحيح البخاري: ٥/٧٨ مع الفتح، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه.

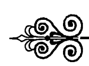
ومسلم في صحيحه: ١٢/٢٦ مع النووي، كتاب اللقطة، وأبو داود في سننه: ٢/٣٢٩ مع المعالم، كتاب اللقطة، والترمذي في سننه: ٦/١٤١، باب ما جاء في اللقطة، وضالة الإبل والغنم.

وابن ماجة في سننه: ٢/٨٣٨، وأحمد في المسند: ٥/١٢٦، ١٢٧، ١٤٣.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٨٧، كتاب اللقطة.

وأبو داود في سننه: ٢/٣٣٧، ٣٣٨ مع المعالم عن عبد الله بن مقسم عن رجل عن أبي سعيد الخدري، وذكره الخطابي في المعالم: ١/٣٣١.

(٣) قاله الخطابي في المعالم: ١/٣٢٩.

وأكاسرهم قاله الشافعي.

وأمّا الخبر الثالث: فلأن عليًا كان من بني هاشم، والصدقة محرمة عليهم فلو كانت جهة اللقطة جهة الصدقة لمنعه من أكلها لا أن يُطلق له ذلك.

قالوا: أمّا الخبر الأول: فيحتمل أن ذلك وارد في حق الفقير.

وأمّا الخبر الثاني: فقد كان أبيّ بن كعب من فقراء أصحاب النبي ﷺ، روي أن أبا طلحة أراد أن يتصدق بحائط له فقال له النبي ﷺ: «تصدق على فقراء قرابتك أُبيّ وحسان»[1].

ويدل عليه: أن في بعض روايات ذلك الحديث أن النبي ﷺ قال: «أنفقها فإنك ذو حاجة».

وأمّا الخبر الثالث: فقد كان علي فقيرًا، وقولكم: (إن الصدقة لا تحل لبني هاشم، قال: قد كان الصدقة تطوعًا، وصدقة التطوع تحل لبني هاشم).

وروى مثل مذهبهم عن علي[2] وابن عباس[3].

قالوا: وروى عامر [4] عن أبيه[5] عن عبد الله أنه اشترى جارية بسبع

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٧٩ مع الفتح، باب إذا وقف وأوصى لأقاربه.
ومسلم في صحيحه: ٨/٨٥ مع النووي، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين.

(٢) ينظر: سنن البيهقي: ٦/١٨٨، الأسرار: ١/١٨٤/ب (مراد ملا).

(٣) ذكره البغوي في شرح السنة: ٨/٣١٠، الأسرار: ١/١٨٤/ب (مراد ملا).

(٤) عامر بن شقيق بن جمرة الأسدي الكوفي، لين الحديث، من السادسة.
وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجة. ينظر: التقريب: ١٦١.

(٥) كذا في المخطوط، وفي شرح معاني الآثار (عن أبي وائل) وهو شقيق بن سلمة الأسدي=




مئة درهم فغاب صاحبها فأخرج ابن مسعود ثمنها وجعل يتصدق بها ويقول: (اللهم عن صاحبها فإن كره فلي وعلي الغرم، وهكذا يصنع باللقطة)[1].

وعن ابن عمر أنه منع من أكل اللقطة بعد التعريف[2].

قالوا: وهذا في الغني؛ لأنه جائز للفقير بالإجماع[3].

❁ **الجواب:**

أما الخبر الأول: فظاهره عام في الغني والفقير؛ ولأنه لو كان يختلف الحكم لاستفسره النبي عليه السلام.

وأمّا حديث أبيّ بن كعب فقد نقلنا عن الشافعي أنه كان من مياسير أهل المدينة.

وقد روى في رواية: «فاخلطها بمالك»، وعلى أنه وإن كان فقيرًا فلم تكن الإباحة على جهة الصدقة؛ لأن عندكم يكره أن يتصدق بنصابٍ على فقيرٍ واحدٍ دفعةً واحدةً.

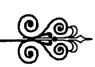
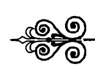
وأمّا حديث علي فالحجة فيه ظاهرة.

= أبو وائل الكوفي، ثقة، مخضرم، مات في خلافة عمر بن عبد العزيز، وله مئة سنة. روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ١٤٧.

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٣٩، والشافعي في الأم: ٣/٢٩٢.

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٣٩، ولفظه: «أن رجلًا سأل ابن عمر فقال: إني أصبتُ ناقة، فقال: عرّفها، فقال: عرفتُها فلم تعرف، فقال: ادفعها إلى الوالي.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٨/٣٨٧٠.

وأمّا تعلقهم بما رووا عن ابن مسعود فقد روى شعيب[(١)] عن أبي قيس قال: سمعت هذيلًا يقول: رأيتُ عبد الله بن مسعود وأتاه رجل بِصُرّة مختومة فقال: وجدتُها، فقال: عرّفها، قال: عرّفتُها فلم أجد مَنْ يعرفها، قال: استمتع بها)[(٢)].

وهذه الرواية أشهر من تلك الرواية، وعلى أنهم لا يقولون بتلك الرواية؛ لأنهم لا يأمرون المشتري بالتصدق بالثمن عن البائع عند غيبته. وروي مثل مذهبنا عن عمر[(٣)] وعائشة[(٤)] وعمر[(٥)] أيضًا.

هذا وجه الكلام من حيث الأخبار في هذه المسألة ذكرتُه على الاختصار وهي معتمدة.

وأمّا المعنى [١٧١/أ] فنقول: مَنْ جاز له الالتقاط جاز له إنفاقها بعد التعريف.

دليله: الفقير.

وفقه المسألة: أن اللقطة مال للغائب في يده، وحق الغائب في ماله هو الحفظ، والحفظ له طريقان:

إمساك عين المال، أو التملك بشرط الضمان ليصير ملكه محفوظًا له

---

(١) كذا في المخطوط، وفي سنن البيهقي (شعبة): ٦/١٨٧.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٨٧، ١٨٨.
والشافعي في الأم: ٣/٢٩٢. وفيه (دخل عليّ ابن قيس قال: سمعت هذيلًا...)

(٣) ذكرهما البغوي في شرح الشنة: ٨/٣١٠.

(٤) ذكرهما البغوي في شرح الشنة: ٨/٣١٠.

(٥) كذا في المخطوط ولعله: (ابن عمر).




مثله في ذمته فيثبت حفظ معنى المال وإن فات حفظ عين المال.

فهذا حق الغائب في ماله فيخيّر بينهما بولاية الشرع.

فأمّا التصدق فيتضمن تفويت حقه؛ لأن الصدقة ليست بجهة الضمان، ومتى دخل الضمان في الصدقة خرج من جهة الصدقة فأدّى ما قالوه إلى تفويت حق الغائب وذلك لا يجوز.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: مَنْ لا تحل له الصدقة لا تحل له اللقطة.

دليله: غنيّ آخر[1] إذا أعطاه لا بجهة الصدقة.

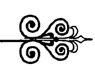
وأمّا فقههم في المسألة هو: أن النظر للمالك واجب وجهة الصدقة أجمع للنظر وأنفع للمالك من جهة التملك؛ لأن كل النظر في إيصال اللقطة إلى مالكها ولا وصول في التملك بجهة الضمان أصلًا.

وأمّا الصدقة ففيها إيصال اللقطة إلى مالكها معنًى وإن فات عينًا، فإن جهة الصدقة جهة الأجر، ومتى وصل الأجر إلى المالك فقد وجد وصول المال إلى مالكه معنًى وإن لم يصل عينًا.

يبينه: أن هذه الجهة أقرب إلى رضا المالك من الجهة التي قلتم؛ لأن المالك إذا طُلِبَ سنة ولم يوجد والظاهر أنه لا يوجد من بعد فيكون الأقرب إلى رضاه هو التصدق عنه فإن الإنسان يطلب وصول عين ماله إليه، فإذا عرف أنه لا يصل يطلب وصول أجره إليه حتى لا يفوته الكل.

---

(١) في المخطوط: آخرا.




وأمّا التملك بالضمان فيبعد عن رضاه؛ لأن رضاه هو بالإمساك عين ماله عليه أو لوصول أجرٍ من هذه الجهة إليه، فأمّا بأن يجعل عين ماله دينًا في ذمته وذمة إنسان فلا غرض له في ذلك.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن الأصل حفظ مال الغائب عليه قال: «بلى، ولكن قد جاز ههنا غير الحفظ فإن الحفظ غير معين وكان ينبغي على ما قلتم أن لا يجوز إلّا الحفظ ومع ذلك جاز غيره بنوع نظرٍ للمالك فعندكم التملك بالضمان، وعندنا: بالتصدق، فينظر: إلى أن النظر للمالك في أيّهما أكثر فيقدمه ويعمل عليه وقد وجدنا أن النظر في التصدق أكثر وأجمع فيكون أولى على ما سبق بيانه.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن جهة التصدق ليست بجهة الضمان».

قال: بلى: ولكن عدلنا في هذا الأصل في هذا الموضع نظرًا للمالك؛ لأن النظر للمالك لا يكون إلّا بجهة الصدقة وفي إثباتها بلا ضمان على المتصدق إضرار بالمالك؛ لأنه ربما لا يرغب في الصدقة، فقلنا: إن الصدقة تقع منجزة في الحال حتى يملك المتصدق عليه، وفي حق المالك تكون موقوفة حتى إن أجاز تقع عنه وإن لم يجز تقع عن الملتقط ويكون له ضمان ماله.

فهذا غاية ما يمكن إثباته على جهة النظر.

وأمّا التملك بالضمان ففيه نظر من وجهٍ لا من وجهٍ فكان ما قلناه أولى.

❁ **الجواب:**

أمّا التحرير: فليس بشيء؛ لأن أمر اللقطة غير، وأمر الصدقة غير،




فيجوز أن لا يتفق محلها.

أمّا الفقه الذي قالوه:

قلنا: لو كان في الصدقة إيصال اللقطة إلى مالكها وجب أن يتعين ذلك ولا يجوز الإمساك أصلًا؛ لأن في التصدق إيصالًا، وفي الحفظ ترك الإيصال فوجب أن لا يجوز ترك الإيصال مع إمكان الإيصال.

قالوا: بلى فيه إيصال معنًى لا عينًا ويجوز الإمساك ليتوصل إليه عينًا.

قلنا: الإيصال في الحال لا يجوز تركه لأمرٍ موهومٍ، ثم نقول إيصال الأجر على الوجه الذي قلتم إنما يوجد إذا وقعت الصدقة عن مالك اللقطة، ومن أين قلتم تقع الصدقة عن مالكها ولا ولاية للملتقط عليه؟.

فإن قالوا: يثبت ذلك بولاية الشرع.

قلنا: وأين تولية الشرع إياه ذلك؟.

فإن قالوا: أين تولية الشرع إياه في التملّك الذي قلتم؟.

قلنا: التملّك بالضمان في مال الغير فقد وجدنا له نظيرًا في الشرع وهو التملّك بالشفعة، والتملّك بالاستيلاد والتملّك من المضطر إلى طعام الغير.

فأمّا ولاية التصدق بمال الغير عن الغير فلا نظير له أصلًا؛ ولأنه لا يخلو: إمّا أن تكون الصدقة من الملتقط أو صاحب اللقطة، فإن كان من الملتقط بطل الوصول الذي قالوه، وإن كان من صاحب اللقطة فينبغي ألا يجب الضمان؛ لأن التصدق بشرط الضمان لا يجوز بحال.




وقولهم: «إنا فعلنا ذلك بخلاف القياس»[1]؛ لأنه بجهة النظر.

قلنا: قد بينا أنه لينظر: فيما قالوه [١٧١/ب] وإنما النظر فيما قلناه، وعلى أنا لا يجوز ارتكاب ما يخالف أصول الشرع لتوهم نظر، فإن النظر كله فيما وافق أصول الشرع لا فيما يخالفها.

وأمّا قولهم: «ينبغي أن يتعين الإمساك ولا يجوز التملّك أصلًا كما في الوديعة للغائب».

قلنا: إنما جاز التملّك ليكون ترغيبًا من الشرع في أخذ الأموال الضائعة، فإن اللقطة على الطريق مال ضائع، وهي عرضة للأيدي ويصل إليها الطالح والصالح، وأخذُها التزام عهدة فربما يصل إليها صالح فلا يرغب في أخذها لما فيه من التزام عهدة ثقيلة فإذا لم يأخذه وتركها وصل إليها طالح فاسق فيأخذها ويفوز بها ويهلك مال هذا الإنسان عليه فالشرع، أثبت للملتقط ولاية التملّك بالضمان ترغيبًا له في أخذها؛ ليكون له شبه الجعل على هذه الحسنة، وهذا لا يوجد في الوديعة؛ لأنه قد التزم حفظها بلا شيء وأدخل نفسه في عهدتها باختياره فلا حاجة إلى ترغيبٍ وتطميعٍ.

فإن قالوا: «المثوبة كافية للترغيب في الأخذ».

قلنا: ليس بكافٍ[2] بل لابد من نفعٍ عاجلٍ لينضم إلى الثواب الآجل فيرغب في الأخذ، وهذا كردّ الآبق على أصلكم هو نوع حسنة وفيه ثواب

---

(١) قال في الأسرار: وكان القياس أن يضمن إذا تصدق بمال الغير بغير إذنٍ ولا تنفذ الصدقة فصار النفاذ بخلاف القياس؛ لأن النظر فيه فصار وليًا في حق النفاذ...» اهـ. ١/١٨٥/أ (مراد ملا).

(٢) في المخطوط: بكافي.




عظيم ولكن لم يكتف به، بل أوجبتُم الجعلَ له لينضم النفع العاجل إلى الثواب الآجل فيرغب في الرد.

فإن قالوا: عندكم لا يجب له الجعل برد الآبق، فلا يستقيم هذا المقال على أصلكم.

قلنا: نحن اعتمدنا على الأخبار في المسألة ثم وجدنا ما تضمنه الخبر منقاسًا على معاني الشرع، فقلنا بذلك، وقدمناه على ما سواه.

وأمّا الذي قلتم فهو محض قياس على خلاف أصول الشرع فوجب تركه وطرحه.

والله أعلم بالصواب

❊ (مَسْألَة):

الصبي إذا أسلم لا يصح إسلامه وإن عقل عقل مثله[1].

وعندهم: يصح إسلامه[2].

(١) الأم: ٢٠٢/٤، المهذب: ٣٠٧/٢، وقال الشيرازي (في ظاهر المذهب)، النكت: ورقة ١٨١/ب، الحاوي: ٤٦/٨، وقال في الحاوي: «وهو الظاهر من مذهب الشافعي».
وأورد هذه المسألة الشيرازي في نكته في كتاب اللقيط».
وقال في المهذب: «وإن وصف الإسلام صبي عاقل من أولاد الكفار لم يصح إسلامه على ظاهر المذهب»، فمن هذا يظهر أن المقصود بالمسألة فيما إذا أسلم وأبواه كافران.

(٢) وهو الوجه الثاني عند الشافعية. ينظر: المهذب: ٣٠٧/٢، الحاوي: ٤٦/٨.
مختصر الطحاوي: ٢٦٠، البدائع: ٤٣١٥/٩، رؤوس المسائل: ٣٥٩، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف: ٢٤٨.

وقال بعض أصحابنا[1]: يصح إسلامه في أحكام الآخرة، ولا يصح في أحكام الدنيا، وليس بشيء.

فنقدم أولًا طريقة جدلية، ونتكلم أن لا يحكم بإسلامه مثل ما يحكم بإسلام البالغ إذا أتى بالشهادتين فنقول:

لم يعرف إسلامه فلا يحكم بإسلامه.

دليله: سائر الكفار، وإنما قلنا لم نعرف إسلامه؛ لأن الاعتقاد لابد منه في الإسلام بل هو الأصل، ونحن وإن سمعنا الشهادتين من الصبي فلا نعرف اعتقاده، وإذا لم نعرف اعتقاده لم نعرف إسلامه.

فإن قالوا: «نعلم اعتقاده بإخباره».

قلنا: خبره محتمل والمحتمل لا يكون حجة فيجوز أنه أخبر عن اعتقاده ولا يعتقد.

قالوا: مجرد الإخبار يكفي ويحكم بوجود الاعتقاد كالبالغ؛ ولأنه إذا لم يعرف اعتقاده إلّا من قبله وجب أن يقبل خبره عن اعتقاده، وهذا كَمَنْ يعلق طلاق امرأته بطهرها أو بحيضها فأخبرت.

والجواب:

أن الأصل أن الخبر المحتمل لا يكون حجة في وجود الشيء إلّا بدليل.

ودليل الشرع قد اتصل بخبر البالغ ولم يتصل بخبر الصبي؛ وذلك لأن

(١) المهذب: ٢/٣٠٧.

البالغ مخاطب بالإسلام واجب عليه ذلك وإذا لم يقبل خبره تعذر عليه الإسلام، ولا يجوز أن يخاطب الله عبده بشيءٍ ولا سبيل له إلى الوصول إليه فألجأتنا الضرورة إلى قبول خبره ولا يوجد مثل هذا في الصبي؛ لأنه غير مخاطب بالإسلام فرجعنا إلى الأصل الذي عرفناه وهوأن الخبر المحتمل لا يكون حجة في وجود الأشياء وإذا لم يعرف وجو د الاعتقاد لم يحكم بالإسلام.

وكذلك في مسألة تعليق الطلاق بالحيض والطهر قام دليل الشرع على قبول قولها، ودليل الشرع قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[١].

قيل: هو الحيض والحبل، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار، والأمر بالإظهار أمر بالقبول، وهذه طريقة جدلية حسنة مُغنية لمن اكتفى بها واقتصر عليها.

وإن زعموا أن أصل الإسلام واجب على الصبي.

نستدل على فساد هذه المقالة من بعد.

وأمّا المعتمد من طريق التحقيق نقول:

لو حكمنا بصحة إسلامه لحكمنا به بناءً على وجوده ولو حكمنا بوجوده حكمنا بناءً على عقله وعقله ناقص ولا وصول بالعقل الناقص إلى الإسلام.

فإن قالوا: لِمَ؟

قلنا: لأن العَقل آلة، والإسلام أكمل العقود فلا يوصل بالآلة الناقصة

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

إلى العقد الكامل ؛ لأن الوصول إلى الأشياء بقدر الآلآت ، وبهذا الطريق لم يخاطب الصبيان ؛ لأن عقولهم لما انتقصت وحالة الخطاب أكمل الأحوال ؛ لأن شرف الآدمي وكمال حاله بخطاب الشرع ، فلم يصل الصبي إلى هذا الكمال بعقل ناقص فكذلك لا يصل(١) هذا العقد الكامل بعقل ناقص.

وخرج على هذا النسوان اللاتي الشرع [١٧٢/أ] أعرض عن نقصان عقولهن إلّا في شيء مخصوص بدليل الخطاب ؛ ولأنه لا حالة لهن فوق تلك الحالة بخلاف الصبي فإن له حالة منتظرة في الكمال ، وذلك عند البلوغ فيجوز أن ينتظر ، وهذا كله لحقيقة وعليه الاعتماد في الفقه ؛ وذلك لأن دين الحق ذو شبهات كثيرة وشعب في الإشكال عظيمة وقد تحير فيه الأمم بأسرها وإلى أن يصل الواحد بعد الواحد إليه فقد ضَلّ عنه الألوف وخاب سعيُهم وتردّوا في المهاوي والمهالك التي لا منتهى لها وهذا أمر لا يخفى على أحدٍ ، وإذا كان كذلك فلا ينال إلّا بنظرٍ كاملٍ ولا يوجد النظر الكامل إلّا بعقلٍ كاملٍ ، فإذا لم يكمل العقل لم يكمل النظر ، وإذا لم يكمل النظر لم تنحل الشبهة ولا إسلام إلّا بعد انحلال الشبهة فصار الإسلام غير موجود من الصبيان أصلًا على هذا الوجه وما لا وجود له لا صحة له.

فإن قالوا: إن الكلام في صبي يُسلم عن عقيدةٍ صحيحةٍ وشبهةٍ منحلةٍ ويعرف ذلك بذكره الدلائل وإقامته الحجج وسبره البراهين ، ورُبّ صبي يُربي في ذلك على كثير من البالغين.

قلنا: الشُّبه لا يكون انحلالها بذكر الحجج وإقامة البراهين ، وكم من

(١) في المخطوط الكلمة مطموسة ، ولعل المعنى ما أثبتناه.

محاجٍّ مجادلٍ قد بلغ الغاية والشُّبه في صدره قائمة، وإنما انحلال الشُّبه بكمال النظر الذي بيناه، وكمال النظر بكمال العقل.

يبينه: أنه إذا كان انحلال الشُّبه أمرًا في الباطن لا يوقف عليه فدار وجوده على السبب الظاهر، وذلك وجود كمال العقل فإذا وجد ذلك يحكم بانحلال الشُّبه؛ وهذا لأن ما لا يوصل إليه من الأمور الباطنة ساقط عن العباد ويصير الحكم دائرًا على الظاهر المعروف، وهذا تكثر نظائره، وهو صحيح عند مَنْ تأمل فيه، ولهذا الأصل حكمنا بصحة إسلام العوام وصححناه حقيقة، وهذه طريقة معتمدة، وهو الكلام في حرف المسألة.

وللأصحاب كلام كثير، ولم أر الاعتماد عليها؛ لأن عامته تعلق بالأحكام أو بمعانٍ ضعيفة ولم يظفروا بحقيقة المسألة وقد تحرّوا الحق بجَهدهم وبجُهدهم، والله تعالى يشكر سعيهم، ولكل زمان مقال، ولكل مقال رجال، ومَنْ عرف الحق عرف أهله.

وقد تعلق عامة المشايخ بفصل الوجوب وقالوا: مَنْ لا يجب عليه الإسلام لا يصح منه الإسلام؛ وهذا لأنه لو صح لَوَجَبَ، ونقول لو صح منه لم يكن إلّا واجبًا؛ لأن الإسلام يتنوع إلى نفلٍ وفرضٍ بل لا يكون إلّا واجبًا ولا وجوب إلّا بخطاب الشرع وخطاب الشرع عنه ساقط فانتفى الوجوب وإذا انتفى الوجوب انتفت الصحة.

فإن قالوا: إنه واجب عليه بالعقل، فطريق إبطاله بالكتاب والسنة يسهل، ويقال أيضًا: إن الإسلام ذو لوازم عظيمة ومشاقّ شديدة والطبع عنه نافرة، والنفس متأبية لقبوله، والمقصود من الخطاب بالإسلام وجود الإسلام من

العباد؛ لأن الرب عزّ اسمه منزّه مقدّس عن الحظوظ ولا يوجد الإسلام إلّا بتوفر الدواعي إليه حتى إذا توفرت الدواعي إليه التزمه بلوازمها وكُلفها ومشاقّها مثل سائر الأشياء التي يتوفر الدواعي إليها، ولا يوجد توفر الدواعي إلّا بانضمام الخطاب إلى العقل ولهذا الطريق وَرَدَ الترغيب والترهيب والوعد والوعيد، وبُعثت الرسل وأُنزلت الكتب ولم يقتصر الشرع على العقل المجرد ولو وجب بالعقل المجرد لاكتفى به الشرع؛ لأن الزيادة على ما يقع به الاكتفاء سمج في العقول.

فإن قالوا: يرد السمع مؤكِّدًا لما في العقول.

قلنا: المويّد لا نهاية له، والألطاف لا غاية لها، ومالا نهاية له تقطع نهايته في بدايته، فصار عدم اكتفاء الشرع بالعقل دليلًا قاطعًا على أن الإسلام عقد شرعي ولا صحة له إلّا بإيصال الخطاب له، والخطاب ساقط عن الصبيان بدليل قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...»[1] الخبر.

وقد قال أبو زيد[2]:

الوجوب ثابت في حق الصبيان لكن خطاب الأداء تأخر بعذر الصبا[3]، ولم يذكر أن الوجوب بالعقل لكن قال: وجب بوجود دلائل الإيمان ووجوب العبادات بأسبابها فوجوب الصلاة بدخول الوقت، ووجوب الزكاة بملك المال، ووجوب الصوم بوجود الشهر إلى غير هذا من الأسباب.

---

(١) تقدم تخريجه في: ١/٥٤٠ من هذا الكتاب.

(٢) ينظر: كتاب المناسك من الأسرار: ٧٢، ٧٣ بتحقيقنا.

(٣) في المخطوط: (الصبي).

كذلك وجوب الإيمان بسبب دلائله، وذلك عام في حق الكل.

يبينه: أنه بعد وجود السبب لا يعتبر إلّا وجود المحل، ومحل الوجود موجود، وقد وجد في حق الصبي مثل وجوده في [١٧٢/ب] حق البالغ؛ لأن للصبي ذمة قابلة للوجوب بدليل العُشُر وصدقة الفطر وسائر الغرامات.

قال: وأمّا تأخر خطاب الأداء بعذر الصبا[1] كتأخر خطاب الصوم في حق المسافر بعذر السفر، ويجوز تأخر الخطاب بعذرٍ كما في حق النائم والمغمى عليه، وكذلك مَنْ أراد الإسلام إذا أُكره أن لا يسلم، يجوز له تأخير الشهادتين بعذر الإكراه، وإذا كان الوجوب في حقه حاصلًا وتأخر خطاب الأداء فإذا أتى به كان بصفة الواجب مثل المسافر إذا صام، وكذلك العبد إذا حضر الجمعة.

وهذا ليس بشيء، وهو هرب من الزحف لا إلى فئةٍ.

وقد احترز من مذهب الاعتزال بترك التصريح بالإيجاب عقلًا، وجاء بما لم يقله أحد، وارتكب ما لم يسبق إليه، فإن الوجوب إمّا بالسَّمع وإمّا بالعقل، وعليه إجماع الأمة قاطبة[2].

وأمّا نصب الجبال وخلق الأرض ورفع السماء وسائر ما يخلق الله تعالى لا يكون موجبًا لشيء.

نعم، يجوز أن يكون دليلًا عند النظر إلى أداء واجب، وإذا صرنا إلى

---

(١) في المخطوط: (الصبي).

(٢) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف ٤/٥٨٠.

ما قالوه لزمنا إيجاب الإسلام وسائر العبادات على الأطفال والمجانين، وهذا مردود بالإجماع[1] مُستهجن مُستقْبحٌ في العقول.

والحرف: أن الإيجاب ليس إلّا خطاب الأداء، وخطاب الأداء ليس إلّا الإيجاب ولا يتصوّر فرق بينهما بحالٍ.

والذي قالوا: إن بعذر الصبا يتأخر خطاب الأداء.

قلنا: فقولوا بتأخر خطاب الوجوب أيضًا.

وإن قالوا: لا خطاب في الوجوب.

قلنا: الوجوب لا يتصوّر إلّا من مُوجَبٍ عليه، كما لا يتصور الخطاب إلّا من مخاطب.

وأمّا مسألة المسافر فنحن نقول: إن خطاب الوجوب متوجه عليه لكن بعذر السفر يرخص له في تأخير الأداء، ولا رخصة في تأخير الإسلام لأحدٍ.

وفي النائم والمغمى عليه نقول: لا خطاب في حال النوم والإغماء.

وأمّا مسألة الإكراه، فهناك لا يجوز بعذرٍ ما تأخير الاعتقاد وإنما يرخص له تأخير الشهادتين، مثل ما يرخص له في إجراء كلمة الكفر على لسانه بشرط طمأنينة القلب على الإيمان.

وقد قال بعض مشايخهم:

إن نقول إن الإيمان غير واجب على الصبي لكن إذا [أتى][2] به يُوصف

---

(١) ينظر: المغني ٥٩٧/٦.

(٢) بياض في المخطوط.

بالفرضية[1]، لأنه لا يتصوّر انفصاله عنه مثل ما يقولون إذا حكم له بالإسلام تبعًا لأبويه يكون بوصف الفرضية.

ونحن نقول: إذا لم يتصوّر انفصاله عن صفة الفرضية، وليس الصبي من أهل أداء الفرض، فوجب أن لا يصح إسلامه أصلًا.

وأمّا إذا حكمنا بإسلامه تبعًا لأبويه، فالإسلام معقول من الأب، وهو فرض عليه، وإنما جعلنا الصبي مسلمًا تبعًا له والتبع لا حكم له بنفسه.

وفي مسألتنا قد صح إسلام الصبي عندكم مستقل بنفسه بصفة الفرضية ولا فرضية في حقه فلا إسلام.

فإن قالوا: عندكم يكون الصبي من أهل حصول الفرض له بدليل أنه إذا صلى في أول الوقت ثم بَلَغَ في آخره يكون مؤدّيًا للفرض حتى لا يؤمر بإعادة الصلاة بخلاف ما لو لم يكن صلى يجب عليه فعل الصلاة، ولأن عندكم هو من أهل فرض الزكاة فهلا جعلتموه من أهل فرض الإسلام.

قلنا: أمّا المسألة الأولى فنحن نقول: فعل الصلاة في أول الوقت منع الوجوب في آخره، لأنه قد أدّى وصلى وظيفة الوقت مرةً فلا تُثنى عليه الوظيفة، لأن الوقت الواحد لا يكون له إلّا وظيفة واحدة، ولا نقول انقلب فرضًا.

وأمّا الزكاة فقد وجبت بدليلها على الصبيان، وفي مسألتنا لا وجوب، بدليل ما بينا فلا صحة، لأن الصحة لا تنفك عن هذا الوصف فإذا فات

---

(١) في المخطوط: «الفرضية»، ولعل المثبت يستقيم به السياق.

الوصف فات الموصوف، وهذه طريقة حسنة بهذا التقدير الذي قلناه، لكن الاعتماد على الطريقة الأولى، وهي حقيقة المسألة وَسِرّها.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا أولًا:

بإسلام علي - رضي الله عنه - فإن النبي ـ صلى الله عليه ـ دعاه إلى الإسلام وهو صبي وأسلم، وحكم بصحة إسلامه حتى أجمعت الأمة في السابقين إلى الإسلام فَعَيّنوا من الرجال أبا بكر[1]، ومن النساء خديجة، ومن الصبيان عليًا ومن العبيد بلالًا، وإذا صح إسلام علي وهو صبي صح إسلام غيره من الصبيان، ويكون هو قدوة لهم مثل أبي بكر في الرجال وخديجة في النساء وبلال في العبيد، وقد افتخر علي رضي الله عنه بإسلامه وهو صبي فقال:

سبقتُكم إلى الإسلام طُرًا غلامًا ... ما بلغتُ أوان حُلمي

ذكره ابن داود[2] في كتاب الزهرة[3] ونسبه إلى علي وهو ثبت فيما ينقله من الشعر.

وأمّا المعنى:

قالوا: خبر [١٧٣/أ] صحيح عن اعتقاد صحيح، فيصح منه كالبالغ وإنما قلنا: إنه خبر صحيح، لأنه يخبر عن التوحيد بشرائطه ولاشك إنه خبر صحيح.

---

(١) ينظر: فتح الباري ١٧٠/٧.

(٢) في المخطوط: (أبو داود)، والتصويب من كتاب الزهرة.

(٣) ينظر: كتاب الزهرة: ٦٤٨/٢، وصاحب الكتاب هو محمد بن داود الأصبهاني.
ينظر: ديوان علي: ٦٣ (طبعة بولاق).

وقولنا: إنه عن اعتقادٍ صحيحٍ لأن اعتقاد الوحدانية صحيح عن كل ما يوجد منه.

والدليل على وجوده منه أنه أهل الاعتقاد بعقله وتمييزه، ألا ترى أنه أهل اعتقاد سائر الأشياء، كذلك يكون أهل هذا الاعتقاد.

يبينه: أن أهلية الشيء للإنسان بوجوده منه مثل سائر الأشياء المحسوسة يكون الإنسان أهلًا لها بوجودها منه.

معتمدهم: أن الإسلام وجد منه فحكم له بالصحة، لأن الصحة لا تنفصل عن وجود الإسلام، وليس كالإيمان في وقت اليأس، لأن الإسلام لم يوجد، فإن الإسلام المطلوب من العباد هو الإيمان بالغيب بدليل قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُؤۡمِنُونَ بِٱلۡغَيۡبِ﴾[1]، فإذا لم يكن بالغيب لم يكن إيمانًا، ويكون مثل إيمان فرعون لعنه الله.

وربما يقولون: «إن الإيمان عقد لا يحتمل خلافه ولا يتصوّر تبديله ونسخه فمتى وجد من الشخص فهو الإيمان المشروع لأنه شيء واحد لا تتبدل صفته ولا تتغير حقيقته.

ثم الدليل على الوجود أن الإيمان إقرار واعتقاد، والإقرار سمعنا منه والاعتقاد قد أخبر به، وهو أهل كل واحد منهما على ما سبق فصار إيمانه وإيمان البالغ سواء بلا فصل ولا فرقان.

يبينه: أنه لما صح إخباره واعتقاده في سائر الموجودات ففي الموجود

(١) سورة البقرة، آية: ٣.

الأول ومُوجد الموجودات أولى.

وقد قال أبو زيد:

الإيمان فرض دائم لا يحتمل خلافه وقد وُجِدَ من الصبي فلو لم يصح شرعًا لكان يعذر الصبي، والإسلام لا يسقط بعذرٍ ولا يؤثر فيه حكم ما.

وقال أيضًا: لو لم يؤثر لكان لحجر الصبا، والإسلام لا يدخل تحت الحجر بخلاف سائر العقود.

قالوا: وخرج على هذا سائر العقود، لأنه تؤثر فيها الأعذار فيدخل تحت الحجر.

وربما يقولون: ما من عقدٍ إلّا ويحتمل خلافه فيجوز أن يوجد من الإنسان ولا تثبت له حكم الصحة بخلاف مسألتنا على ما سبق.

واعتمدوا في التعلق بالأحكام الشرعيات التي تصح مثل الصلاة، والصوم، والحج، وغيرها.

يبينه: أنه إنما صح هذه العقود منه نظرًا له، ولا نظر فوق نظر يثبت له بصحة الإسلام منه فحرّروا وقالوا: منفعة محضة لا يشوبه مضرة فصح من الصبي.

دليله: ما بينا.

يبينه: أن الحجر يثبت على الصبي نظرًا له ومرحمة ولا نظر في منع صحة الإسلام له.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الصبي قد صح إسلامه تبعًا لأبويه فلا يصح منه إسلامه بنفسه، لأنه إذا كان تبعًا لا يكون أصلًا أو كان موليًا عليه لا يكون وليًا بنفسه.

وقد منع بعضهم: صحة إسلامه تبعًا لأبويه إذا صار بحيث يصح إسلامه بنفسه. ومذهبهم التسليم، واعتذروا عنه وقالوا: إنما صح إسلامه تبعًا، ويجوز أن يكون الشيء تبعًا لغيره من وجهٍ ويكون أصلًا بنفسه من وجهٍ كالجنين تبعًا للأم في العتق ويكون أصلًا بنفسه فيه أيضًا حتى لو أُفرد بالعتق جاز.

وهذا لأنا إنما صححنا إسلامه بنفسه نظرًا له وقد كنا نظرنا له بإثبات إسلامه تبعًا لأبويه فلم يقتض إثبات نظر له من بعد إسقاط نظر سبق إثباته من قبل فقلنا يصح إسلامه بنفسه ويصير مسلمًا تبعًا لأبويه ليثبت له النظر من الوجهين، وهذا كما أنه إذا قَبِلَ الهبة بنفسه يصح، ولو قَبِلَ عنه أبوه يصح فثبت المنفعة له من وجهين، كذلك ههنا.

قالوا: وأمّا قولكم يصير موليًا عليه في الإسلام فلا يكون وليًا بنفسه.

لا نقول إنه موليّ عليه في الإسلام، لأن حقيقة الولاية من الولي أن يكون العقد من الولي للموليّ عليه، والأب لا يُسْلِم عن الصغير، وإنما يباشر الإسلام لنفسه ثم يصير الولد مسلمًا تبعًا له.

وعلى الجملة يسلّمون كونه تبعًا للأب في الإسلام، لكن لا يسلّمون ثبوت الولاية عليه فيه، وكلامهم على التبع ما سبق.

قالوا: وقد خرج على ما ذكرنا الطلاق والعتاق والأقارير وسائر عقود

المعاملات، لأن هذه العقود عقود ضرر، والصبا ينفي الضرر، لأنه سبب للنظر والمرحمة.

قالوا: وأمّا الردة إنما صحت منه وإن كانت محض ضرر، لأنه لا يمكن الحكم بنفيها، وذلك لأن الردة أمر يدور على الاعتقاد فمتى اعتقد خلاف التوحيد لم يتصوّر الحكم ببقاء التوحيد لأن الشيء لا يبقى مع ضده، ولأن الاعتقاد فعل القلب والصبي والبالغ في الأفعال واحد، بدليل الأوقات فإذا وجد منه اعتقاد الكفر لم يمكن نفيه عنه وإثبات ضده.

وأمّا سائر العقود من الطلاق والعتاق [١٧٣/ب] والأقارير فهي عقود من حيث القول فيمكن نفيها شرعًا والصبا عذر فتنتفي به.

❁ **الجواب:**

أمّا تعلقهم بإسلام علي - رضي الله عنه - فقد ذكر أحمد بن حنبل في فضائل الصحابة أن عليًا أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة[(١)(٢)].

وفي صحيح مسلم[(٣)] بن الحجاج أن النبي عليه السلام (مكث بمكة خمس[(٤)]

---

(١) في المخطوط: (خمسة عشر)، والتصويب من الفضائل.

(٢) ينظر: فضائل الصحابة: ٥٨٩/٢ رقم (١٩٨).
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ٢٢٦/١١، والحاكم في المستدرك: ١١١/٣، وابن عبد البر في الاستيعاب: ٣٠/٣، وخليفة بن خياط في تاريخه: ١٩٩، كلهم من طريق عبد الرزاق.

(٣) صحيح مسلم: ١٠٤/١٥ مع النووي، باب قدر عمره صلى الله عليه وسلم وإقامته بمكة والمدينة.
قال النووي في شرحه: «قال القاضي: أي صوت الهاتف به من الملائكة ويرى الضوء أي: نور الملائكة ونور آيات الله تعالى حتى رأى الملك بعينه وشافهه بوحي الله تعالى...». ا.هـ.

(٤) في المخطوط: (خمسة عشر)، والتصويب من صحيح مسلم. ينظر: حاشية (٤).

عشرة سنة كان في سبع منها يسمع الصوت، ويرى الضوء، وفي ثمان يُوحى إليه).

وقد أسلم علي - رضي الله عنه - في أول زمان الوحي وزمان الوحي ثمانيَ عشرة[1] سنة.

وعلى هذه الرواية ثمان بمكة وعشر بالمدينة، وعاش بعد النبي - عليه السلام - ثلاثين سنة، وَقُتِلَ وهو ابن ثلاث وستين سنة، فيكون قد أسلم وهو ابن خمس عشرة[2] سنة قطعًا.

والشعر الذي ذكروه شعر لين ضعيف ولا يثبت عن علي ذلك[3].

وإن سلمنا أنه - رضي الله عنه - أسلم وهو صبي، ولعل التسليم أولى فنقول: يجوز أن يكون مخصوصًا بذلك، مثل ما خصّ سعد بن معاذ باهتزاز العرش له، وخصّ خزيمة بن ثابت بكونه ذا شهادتين، وحنظلة بن أبي عامر بغسل الملائكة له إلى أمثال هذا.

ويجوز أيضًا أن النبي - عليه السلام - دعاه إلى الإسلام ليتخلق بأخلاق المسلمين لا أنه كان إسلامًا صحيحًا منه.

وأمّا المعنى الذي قالوه: فاعلم أن مدار المسألة على هذا الحرف وهو أن الإسلام هل وُجِدَ منه أم لا؟.

فعندنا: لم يوجد.

---

(١) في المخطوط: (ثمانية عشر).

(٢) في المخطوط: (خمسة عشر).

(٣) ذكر ذلك الشيرازي في نكته: ورقة ١٨١/ب.

وعندهم: وُجِدَ.

وقد دللنا أنه لم يوجد.

فإن قالوا: كيف يقع الاختلاف في وجود الأشياء، ومتى يتصوّر اختلاف العقلاء في الشيء هل وُجِدَ أم لا؟.

والجواب:

إنه إذا تصوّر الاختلاف ثبت الاختلاف، وقد بيّنا أنه تصوّر الاختلاف وذلك باعتبار الاعتقاد على ما سبق.

يبينه: أن الإسلام عقد شرعي والعقد الشرعي تصوّر وجوده باتصال الشرع به، واتصال الشرع بالإسلام بوجود خطاب الشرع بالإسلام، ولم يوجد خطاب الشرع في إسلام الصبي، لأنه غير مأمور به، وإذا فات اتصال خطاب الشرع به فات العقد شرعًا وهو نظير سائر العقود الشرعية، وهذا بخلاف الأفعال الحسيّة، لأن صحتها بوجودها ولم يتصور فيها الاختلاف.

والحرف: أنه إذا كان الوجود بالشرع يجوز أن يقع الاختلاف في وجود الشرع، وقد سبق الجواب عن كل ما ذكروه من المعنى.

وقولهم: «إن للصبي عذرًا وسبب الحجر، والإسلام لا تؤثر فيه الأعذار، ولا يدخل تحت الحجر».

قلنا: بلى، ولكن لا يتصوّر ابتداؤه إلّا بعد اتصال الشرع به ولم يوجد، وأيضًا بينا أنه من حيث المحسوس لم يوجد لفوات الاعتقاد.

والكلام في تأثير العذر والحجر عنه يكون بعد الوجود.

وأمّا الصلاة والصوم والحج فقد اتصل بها الشرع وهو قوله ـ ﷺ ـ: (مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع...)[1] الخبر.

وأيضًا فإن الصلاة أفعال حسيّة، وهي أفعال الجوارح الظاهرة ولا يحتاج من عمل الباطن إلّا النيّة، وأصل العقل كافٍ[2] بمجرد النيّة، لأنه مجرد عزيمة، والعزم على فعل الشيء يكفي فيه أصل العقل.

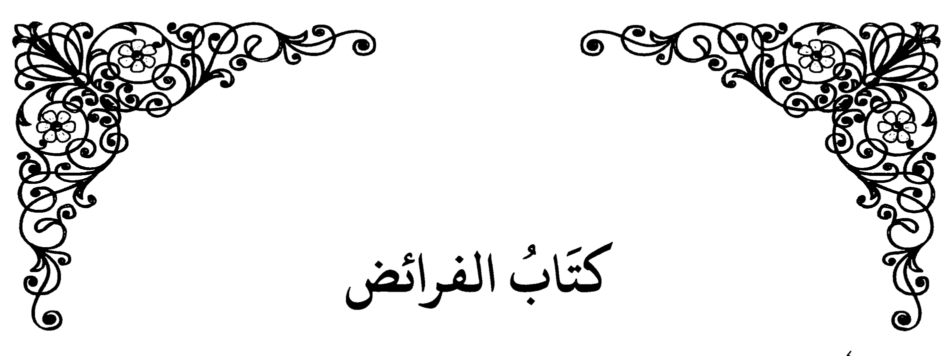
فأمّا في مسألتنا فلابد من الاعتقاد لصحة الإسلام، وقد بينا أن اعتقاد الإسلام لم يوجد إلّا بعد النظر الكامل، والنظر الكامل لا يكون إلّا بعقلٍ كاملٍ، فقد تبين الفرق واتضح غاية الوضوح.

والله تعالى أعلم بالصواب، وهو ولي الجود والإنعام



(١) رواه أبو داود في سننه: ٣٣٢/١ مع المعالم، رقم (٤٩٤).
والترمذي في سننه: ١٩٨/٢ مع العارضة، وقال: «حديث حسن صحيح».
والدارمي في سننه: ٣٣٢/١.

(٢) في المخطوط: (كافي).



كتَابُ الفرائض

※ (مَسْأَلة):

مذهب زيد بن ثابت أن ذوي الرحام لا ميراث لهم وتوضع التركة في بيت المال[1].

ومذهب علي، عبد الله أن ذوي الأرحام يرثون[2]، وحكي ذلك عن عمر[3].

والأول: مذهب مالك[4]، والشافعي[5].

والثاني: هو مذهب غيرهما من أهل العلم[6]، وهو قول أبي حنيفة[7]. وفي كيفية التوريث كلام كثير، وطريقان معروفان كما يأتي في الميراث.

ومثال هذا الخلاف: مسألة الرد: فإن عند زيد الفاضل من أصحاب

---

(١) المغني: ٩/٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧، الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٢٠/٢.

(٢) المغني: ٩/٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧، الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٢٠/٢.

(٣) المغني: ٩/٨٢، العذب الفارض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧.

(٤) الإشراف للبغدادي: ٢/٣٢٨.

(٥) الأم: ٤/١٠، المهذب: ٢/٣١، النكت: ورقة ١٩٥/ب، الحاوي: ٩/١٧٤.

(٦) وبه قال: معاذ بن جبل، وعمر بن عبد العزيز، وأحمد بن حنبل، وغيرهم. ينظر: المغني: ٩/٨٢.

(٧) الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٥٢، المبسوط: ٢/٣.

الفرائض يوضع في بيت المال ولا يرد عليهم[١].

وعند علي، وعبد الله يرد عليهم على قدر مواريثهم إلّا الزوج والزوجة فإنهما لا ردّ عليهما[٢].

[١٧٤/أ] ❁ لنا:

أن الفرائض لا مجال للقياس فيها، لأنها مقادير ولا تُعرف قياسًا بل تُعرف توقيفًا، ولأنه تحرم به البنت ويورّث ابن ابن العم وإنْ بَعُدَ، وتحرم الجدات الأم، ويورّث ابن ابن ابن الأخ وإن بَعُدَ فإذًا لم يُعرف قياسًا بل عُرِفَ نصًا وجب اتباع موضع النص من الكتاب والسنة أو موضع الإجماع، ولم يوجد في ذوي الأرحام شيء من ذلك، والأصل أن لا استحقاق.

ويدل عليه: أن مولى العتاقة عندهم يقدم على ذوي الأرحام والولاء فرع النسب في الميراث فلا يجوز أن يقدم على أصله فلما قُدِّمَ دل أنه لا ميراث لذوي الأرحام أصلًا.

وأمّا الدليل في مسألة الرد: هو أن الفرائض المقدرة لا يجوز أن يزاد عليها، لأن في الزيادة إبطال التقدير، والرد زيادة على الفرائض فلا يجوز.

يدل عليه: أنه لا يرد على الزوج والزوجة، فكذلك على سائر أصحاب الفرائض، لأن الكل أصحاب الفرائض[٣] والتخريج سهل.

---

(١) الأسرار: ١/١٦٨/أ (مراد ملا)، المغني: ٩/٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧.

(٢) الأسرار: ١/١٦٨/أ (مراد ملا)، المغني: ٩/٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧.

(٣) كذا في المخطوط، ولعل الأصح أصحاب فرائض.

❁ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[1].

والمراد به الميراث بالاتفاق.

وتعلقوا بالحديث الذي رواه أبو داود[2] في سننه من طريق علي[3] بن أبي طلحة عن راشد[4] بن سعد، عن أبي[5] عامر الهوزني عن المقدام[6] بن معدي كرب الكندي أن النبي صلى الله عليه قال: (أنا مولى مَنْ لا مولى له أرِثُ ماله وأفُكّ عانيه، والخال مولى مَنْ لا مولى له يرث ماله ويفكّ عانيه).

وروى في رواية: (والخال وارث مَنْ لا وارث له يعقل عنه ويرثه).

وذكر ابن عيسى[7] الترمذي هذا اللفظ وهو قوله: (والخال وارث مَنْ

---

(١) سورة الأنفال: آية ٧٥.

(٢) ينظر: سنن أبي دود: ٣/٣٢٠ مع المعالم، باب ميراث ذوي الأرحام.
وروواه الدارقطني في سننه: ٤/٨٥ ـ ٨٦.

(٣) في المخطوط «عن». وعلي بن أبي طلحة هو: سالم مولى بني العباس، سكن حمص، أرسل عن ابن عباس، ولم يره من السادسة، صدوق قد يخطئ، مات سنة ٤٣هـ.
روى له مسلم، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ٢٤٦.

(٤) راشد بن سعد المقرئ الحمصي، ثقة، كثير الإرسال، من الثالثة، مات سنة ثمان، وقيل: ثلاث عشرة.
روى له أصحاب السنن الأربعة، والبخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب: ٩٩.

(٥) أبو عامر الهوزني (عبد الله بن لحي) الحمصي، ثقة، مخضرم، من الثانية.
روى له أبو داود، والنسائي، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ١٨٦.

(٦) المقدام بن معدي يكرب عن عمرو الكندي، صحابي مشهور، نزل الشام، ومات سنة ٨٧هـ على الصحيح، وله إحدى وتسعين سنة.
روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ٣٤٦.

(٧) يقصد (أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي) فنسبه إلى أبيه.




لا وارث له) عن النبي صلى الله عليه برواية عمر وعائشة[1].

ومن جهة المعنى:

قالوا: قريب فيرث كالعَصَبة، وهذا لأن الوراثة خلافة في الملك.

قال أبو زيد[2]: إن الإرث يبتني على الولاية على الميت، بدليل أن كل سبب يقطع الولاية يقطع الإرث، ولأن الوارث يخلفه في ملكه كأنه هو لا على سبيل تجديد الملك، ولهذا ترتب العصوبة على ترتب الولاية في النكاح، وإذا كانت الوراثة مبنية على الولاية، والولاية ثابتة على الميت لذوي الأرحام بدليل أن ولاية التجهيز والصلاة والدفن إليهم عند فَقْدِ أصحاب الفرائض والعصبات فيثبت لهم الإرث بثبوت الولاية.

قال: ولا يلزم المجنون حيث يرث ولا ولاية له، لأن الولاية ثابتة للمجنون، ولكن يستوفيها له غيره فيما لا ضرر له بعجزه عن التصرف بنفسه كالنائم والمغمى عليه.

وأمّا الإرث ولاية تثبت حكمًا من غير حاجة إلى تصرفٍ فصار المفيق والمجنون فيه سواء لا فرق بينهما.

وذكر مثل هذا في مسألة الرد، وقال: على ما ادّعيناه من الزيادة على الفرض إنما يكون زيادة إذا كان بذلك السبب الذي استحق به الفرض، فأمّا إذا كان بسببٍ آخر فلا تكون زيادة على الفرض، كالزوج إذا كان ابن عم فإن

---

(١) ينظر: سنن الترمذي: ٨/٢٥٤، ٢٥٥ مع العارضة، باب ما جاء في ميراث الخال، والدارقطني في سننه: ٤/٨٥ عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) الأسرار: ١/١٦٩/أ (مراد ملا).

أخذ الباقي بكونه ابن عم لا يعد زيادة على الفرض، والسبب في الرد هو الرحم فحسب، وكذلك السبب في استحقاق ذوي الأرحام هو الرحم فحسب.

قالوا: ولهذا لم يردّ على الزوج والزوجة لفقد الرحم فلم يوجد سبب سوى الزوجية، وقد أخذ الفرض فلو رددنا يكون زيادة على الفرض الثابت بنص الكتاب.

وأمّا ههنا لا زيادة على ما سبق.

وقد قال مشايخهم: إن ذا السببين أولى من ذي السبب الواحد، ولذوي الأرحام سببان: الدّين، والقرابة، وللمسلمين سبب واحد، فيقدم ذوو[1] الأرحام عليهم بحكم الترجيح الذي لهم، وهذا كالأخ لأبٍ وأمٍّ يقدم على الأخ لأبٍ، لأنه يُدلي بسببين، والأخ لأبٍ يُدلي بسببٍ واحدٍ، كذلك ههنا.

۞ **الجواب:**

أما الآية فهي أول آية وردت في توريث الأقرباء ثم بيان ذلك بالكتاب في موضعٍ آخر لأصحاب الفرائض وبالسُّنة للعصبات.

وأمّا الخبر: فلا ينبغي أن يشتغل بالطعن فيه، وقد ذكرنا بعض ذلك في كتاب البرهان.

والتأويل الذي ذكره الأصحاب أن معناه هو السلب[2]، مثل قوله «الجوع طعام مَنْ لا طعام له، والصبر حيلة مَنْ لا حيلة له» في نهاية الضعف.

---

(١) في المخطوط: ذو.

(٢) الشيرازي في النكت: ورقة ١٩٦/أ، وفيه «على سبيل السلب».

وعلى أنه نصَّ على الإرث بقوله: (يرثه ويعقل عنه)، وقد قيل: إنه وَرَدَ في خالٍ مخصوص وهو أن يكون خالًا ويكون عصبة، ويتصوّر ذلك عند ارتفاع القرابة.

والدليل على هذا أنه قال: يعقل عنه، وقد اتفقوا على أنه لا يعقل الخال.

وقد قال أبو سليمان الخطابي في معالم السنن: «تأويل الخبر أنه [١٧٤/ب] طعمة أطعمها الخال عند[١] عدم الوارث لا أنه[٢] يكون للخال ميراث راتب، ولكنه لما جعله يخلف الميت فيما يصير إليه من المال سماه وارثًا على طريق المجاز»[٣].

وهذا تأويل محتمل وإن كان بعيدًا.

وفي المسألة لنا أخبار ذكرها الأصحاب وأوردها ابن اللبّان[٤] في فرائضه بإسناده إلّا أنها مراسيل، فتركتُ إيرادها وإن كانت حجة عليهم لقبولهم المراسيل والمقاطيع.

وأمّا المعنى الذي قالوه: فليس بشيء، لأن الولاية على الميت لا تتصور فإنه قد خرج عن محل الولاية عليه، وهذا لأن حقيقة الولاية استنابة شرعية في شيء يوجد سببه في حق المولّيّ عليه إلّا أنه اعترض عجز فينوب

---

(١) في المخطوط «عندهم»، والتصويب من المعالم.
(٢) في المخطوط «لأنه».
(٣) ينظر: معالم السنن: ٣٢٢/٣ مع سنن أبي داود.
(٤) محمد بن عبد الله بن الحسن بن اللبان الفرضي الفقيه الشافعي، إمام عصره في الفرائض وقسمة التركات، وله في ذلك التصانيف المشهورة.
ينظر: طبقات السبكي: ١٥٤/٤ ـ ١٥٥.

عنه لعجزه كالولاية على الصغار في الأموال والأنكحة، فإن الملك للصغار ثابت وهو سبب التصرف إلّا أنه يعجز بالصغر والجنون فثبتت الولاية للاباء وغيرهم نيابة عنهم.

ومثل هذا لا يتصور في حق الميت، ولأن الإرث تملك حكمي فيعتبر بالتملك القصدي ثم التملّك قصدًا لا يكون ولاية على المتملك عليه، كذلك التملك حكمًا.

وأمّا الذي اعتبروه بالولاية في الغسل والتكفين والدفن فتلك أمور تدور على الشفقة، والأقرباء أشفق في ذلك من الأجانب فكانوا أولى وليس يعتبر الإرث بذلك بدليل أن الأقرب فالأقرب أولى بتولي ذلك، وإن كان الميراث ربما يكون للأبعد، وأمّا الذي تعلقنا به في مسألة الرد من منع الزيادة على الفرض تعلق صحيح، وقولهم: «إنه ليس بزيادةٍ، لأنه بسببٍ آخر وهو الرحم»، قلنا: الرحم للابنة[1] هو البنتية وللأخت هو الأُختية ولا يتصور فصل الرحم عن هذا في شيء، وليس للقياس فيه مجال بحالٍ وتعلق الإرث بسبب البنتية والأُختية لا يدل على تعلقه بوصف القرابة.

وأمّا كلام مشايخهم:

فَهَوسٌ، لأنا إنما نضع التركة في بيت المال على سبيل أنه مال ضائع ولا نضعه على أنه إرث للمسلمين من قبل الميت، وأمّا عندهم: فإنهم يصرفونه إلى ذوي الأرحام على جهة الإرث فكيف يتصور مع هذا وجود سببين أو وجود سببٍ واحدٍ بل سبب الإرث للأقرباء واحد، وهو قرابة على

(١) في المخطوط: للابنت.

وصفٍ مخصوصٍ وذلك وُجدَ لأصحاب الفرائض والعصبات، ولم يوجد في ذوي الأرحام على جهة الإرث فلم يرثوا به. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

مذهب عمر - رضي الله عنه - ثبوت التشريك بين الأخ لأبٍ وأمٍّ وبين الأخوة من الأم في الثلث المفروض لهم في زوجٍ وأمٍّ وأخوين لأمٍّ وأخٍ لأبٍ وأمٍّ[1].

وهذا قول مالك[2] والشافعي[3].

وعند علي - رضي الله عنه - لا تشريك ويخلص الثلث للأخوة للأمّ ويسقط الأخ لأبٍ وأمٍّ[4].

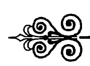
وهذا مذهب أبي حنيفة[5] وجماعة من العلماء[6].

والرواية عن زيد وابن مسعود مختلفة[7].

وعن أبي موسى الأشعري مثل مذهب علي[8].

---

(١) المغني: ٢٤/٩، العذب الفائض: ١٠١/٣، الحاوي: ١٥٥/٩، المبسوط: ١٥٤/١٩.
(٢) الإشراف للبغدادي: ٣٣٣/٢.
(٣) الحاوي: ١٥٥/٩، المهذب: ٣٨/٢، النكت: ورقة ١٩٧/أ.
(٤) المغني: ٢٤/٩، العذب الفائض: ١٠١/١، الحاوي: ١٥٥/٩، المبسوط: ١٥٤/١٩.
(٥) الأسرار: ١٦٨/١ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٤٥، ١٤٦، المبسوط: ١٥٤/١٩.
(٦) منهم: أحمد بن حنبل، والشعبي، والعنبري، وشريك، ونعيم بن حماد، وأبو ثور، وابن المنذر. ينظر: المغني: ٢٤/٩، العذب الفائض: ١٠١/١، الحاوي: ١٥٦/٩.
(٧) الأسرار: ١٦٨/١ (مراد ملا)، العذب الفائض: ١٠١/١، المبسوط: ١٥٤/١٩.
(٨) المغني: ٢٤/٩، العذب الفائض: ١٠١/١، الحاوي: ١٥٥/٩، المبسوط: ١٥٤/١٩.

وعن عثمان مثل ما ذهب إليه عمر[١].

لنا:

أن الأخ لأبٍ وأمٍّ يشارك الأخوة لأمٍ في قرابة الأمّ وتفرّد بقرابة الأب فإن كانت قرابة الأب لا توجب له التقدم على الأخوة للأمِّ في الإرث فلا توجب التخلف.

والعلة أنهم استووا في سبب الاستحقاق فيستوون في الاستحقاق وهذا معنى ذكره الرجل الذي أُتي به عمر - رضي الله عنه - في هذه المسألة فلما أراد أن لا يشرك فقال: هَبْ أن أبانا كان عيرًا في الصحراء ألسنا بني أمٍّ واحدةٍ؟[٢]، فتنبّه عمر لهذا المعنى وقضى بالتشريك.

وأمّا حقيقة المسألة: هو أن الأخ لأبٍ وأمٍّ اجتمع له سبب الفرض وهو قرابة الأمّ وسبب التعصيب وهو قرابة الأب غير أن الشرع منع الجمع لاتحاد الجهة وهي الأخوة، واتحاد الشخص فلما غلب جانب الاتحاد وجد الواجب أيضًا ومُنع الجمع بين الواجبين ثم قَدَّمَ سببُ العصوبة على سبب الفرض؛ لأنه أقوى، ثم هذا التقديم إنما يوجد إذا وَرِثَ بها فإذا لم يرث بها سقط اعتبار سبب العصوبة وقد وجد سبب الفرض فيفرض له مع سائر الأخوة للأمِّ.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: الأخ للأب والأمّ عصبة فلم يفضل شيئًا عن أصحاب الفرائض

---

(١) المغني: ٩/٢٤، العذب الفائض: ١/١٠١، الحاوي: ٩/١٥٥، المبسوط: ١٩/١٥٤.
(٢) المبسوط: ١٩/١٥٤.

فلا يستحق شيئًا.

دليله: إذا كان بدلَ الأخ لأبٍ وأمٍ أخٌ لأبٍ.

ودليله: أنه عصبة بالإجماع[1].

يبينه: أنه إذا اجتمعت قرابة الأب والأم فالإرث بقرابة الأب دون قرابة الأمّ، ولهذا يكون عصبة، وإنما قرابة الأم مرجّحة فلا تكون سببًا للاستحقاق بحالٍ في هذا الموضع فلو استحق التشريك في مسألتنا لا يستحقه بقرابة الأمّ، وقد بينا أنها ثبتت بسبب.

وحرفهم: أنه لو كان سببًا للاستحقاق لكان يستحق الفرض بهذه القرابة والتعصيب بتلك [١٧٥/أ] القرابة كالأخ لأمٍّ إذا كان ابن عم.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن قرابة الأب تجعل كالعدم، لأنها لو جُعِلت كالمعدومة لجُعلت ليرث مع الإخوة من الأمّ، وهذا لا يجوز، ألا ترى أن المرأة إذا تركت زوجًا وأبوين وبنتًا وبنت ابن، عالت الفريضة، ويكون لبنت الابن سدس المال تكملة الثلثين فلو كان معها ابن ابن سقطت بنت الابن، ولا يجعل الابن كالعدم ليرث.

وكذلك زوج وأمّ وأخت لأب، عالت الفريضة أيضًا، فلو كان مع الأخت أخ لأبٍ أيضًا تسقط الأخت لأب، ولا يجعل الأخ لأبٍ كالمعدوم ليرث، وهذا لأن جعله كالمعدوم لابد له من دليلٍ.

قالوا: ولأنه لو كان زوج وأخوان لأمٍّ وعشرون أخوة لأب وأمٍّ، للزوج

---

(١) ينظر: العذب الفائض في شرح عمدة الفارض ٤٢/١.

النصف وللأخوين لأمٍّ الثلث، والسدس للأخوة من الأب والأمّ وإن كثروا فإذا جاز إدخال النقص عليهم جاز الإسقاط، وكان ينبغي على قياس قولكم «أن يشارك الأخوة لأبٍ وأمٍّ الأخوة لأمٍّ ثم ينفردون بالسدس».

۞ الجواب:

أن قولهم: «عصبة».

قلنا: مسلّم في غير هذا الموضع، فأمّا في هذا الموضع فلا.

قولهم: «إن قرابة الأب هي السبب في الإرث دون قرابة الأمّ».

قلنا: بلى، في سائر المواضع، فأمّا في هذه الصورة فقد بينا وجه التوريث بقرابة الأمّ.

وأمّا قولهم: «لا يجوز أن تجعل قرابة الأب كالعدم».

قلنا: نحن لا نجعلها كالعدم، لكن لما لم يرث بها ورثناها بقرابة الأمّ بالوجه الذي سبق ذكره.

وأمّا المسألتان فليستا بنظير مسألتنا، لأن في مسألتنا قد اجتمع سببان الفرض والتعصيب، وفي المسألتين لم يوجد إلّا سبب واحد وهو سبب الفرض عند الانفراد وسبب العصوبة عند الاجتماع مع الذكر الذي هو في درجته، وإذا كان السبب واحداً لم يمكنه أن يجعله كالمعدوم، وفي مسألتنا لما كان السبب اثنين أمكن أن يجعل أحدهما كالمعدوم ويورث بالآخر.

وأمّا التعلق بالنقصان:

فليس بشيء، لأن التوريث بالعصوبة في تلك الصورة ممكن غير أن الإرث بالعصوبة تارة يستغرق جميع المال، وتارة يوجد في بعض المال.

وأمّا في مسألتنا فلا يمكن التوريث بالعصوبة فورّثنا بسبب الفرض.

والمسألة مشكلة جدًا في المعنى، والذي ذكرنا وجه الكلام وهو بالغٌ حسنٌ جدًا.

قال أبو زيد معترضًا على قول ذلك الرجل لعمر إن الأب إذا كان حمارًا فالأمّ تكون أتانًا، والولد يكون جحشًا فلا استحقاق»[1].

وهذا لا يقوله فقيه، ومَنْ اعترض بمثل هذا على تلك الصورة، فقد اعترف بقلة الفهم؛ لأن مقصود الرجل لم يكن ليجعل أباه حمارًا حقيقة حتى تكون الأمّ أتانًا، ولكن المقصود هو الحرف الذي بيّنا، وهو الإعراض عن قرابة الأب والتشريك بقرابة الأمّ، وقد كان عمر أفطن الناس ونطقت السكينةُ على لسانه ودان الحق ونزل الوحي في مواضع بموافقة قوله، فَعَرَفَ موضع الحجة وهو الذي سبق شرحه فقضى بما قدّمنا.

والله أعلم بالصواب.



(١) الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا).



❋ (مَسْأَلَة):

الأخوة لا يسقطون بالجد عندنا[١]، وهو مذهب عمر[٢]، وعلي[٣]، وابن مسعود[٤]، وزيد[٥] رضي الله عنهم.

وأمّا كيفية التوريث فيها كلام كثير تذكر في المذهب، وإلى ما قلنا ذهب أكثر أهل العلم[٦].

وعند أبي حنيفة: يسقطون أصلًا[٧]، وهو قول أبي بكر الصديق[٨] رضي الله عنه، وبه أخذ ابن عباس[٩]، وعائشة[١٠]، وابن الزبير[١١] رضي الله عنهم.

---

(١) المهذب: ٢/ ٤٠، النكت: ورقة ١٩٦/ب، الحاوي الكبير: ٩/ ١٢٢.

(٢) العذب الفائض: ١/ ١٠٦، المغني: ٩/ ٦٦، سنن البيهقي: ٦/ ٢٤٨.

(٣) العذب الفائض: ١/ ١٠٦، المغني: ٩/ ٦٦، سنن البيهقي: ٦/ ٢٤٨.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المصادر السابقة.

(٦) منهم: مالك، والأوزاعي، وأحمد في أصح الروايتين عنه، وأبو يوسف، ومحمد.
ينظر: الحاوي: ٩/ ١٢٢، المبسوط: ١٩/ ١٨٠، الإشراف للبغدادي: ٢/ ٣٣٢، الأسرار: ١/ ١٦٩/ب، المغني: ٩/ ٦٦، العذب الفائض: ١/ ١٠٦، الإنصاف: ٧/ ٣٠٥، مختصر الطحاوي: ١٤٨.

(٧) الأسرار: ١/ ١٦٩/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٤٧، المبسوط: ٩/ ١٨٠، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: المغني: ٩/ ٦٦، العذب الفائض: ١/ ١٠٦، الإنصاف: ٧/ ٣٠٥.

(٨) العذب الفائض: ١/ ١٠٥، الأسرار: ١/ ١٦٩/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١٩/ ١٨٠، المغني: ٩/ ٦٦، سنن البيهقي: ٦/ ٢٤٦، وذكره البخاري تعليقًا: ١٢/ ١٨.

(٩) العذب الفائض: ١/ ١٠٥، الأسرار: ١/ ١٦٩/ب (مراد ملا)، المغني: ٩/ ٦٦، سنن البيهقي: ٦/ ٢٤٦، المبسوط: ١٩/ ١٧٩.

(١٠) العذب الفائض: ١/ ١٠٥، الأسرار: ١/ ١٦٩/ب (مراد ملا)، المغني: ٩/ ٦٦، المبسوط: ١٩/ ١٧٩.

(١١) العذب الفائض: ١/ ١٠٥، الأسرار: ١/ ١٦٩/ب (مراد ملا)، المغني: ٩/ ٦٦، سنن البيهقي:=



لنا:

أن الجد لو قُدِّم على الأخوة لقدّم في العصوبة، ولأن التقديم في العصوبة بزيادة رتبة في الإدلاء بالميت، ولا زيادة للجد في هذا المعنى، لأن الجد أب الأب والأخ ابن الأب فاستويا بل لو قيل إن الإدلاء بالبنوة في العصوبة فوق الإدلاء بالأبوة كان صحيحًا، ألا ترى أن الابن يُقدّم في العصوبة على الأب فإن لم يُحجب الجد بالأخ فلا يُحجب الأخ به.

والحرف: أنهما في القرب سواء فلم يُحجب أحدهما بالآخر كالجد لا يُحجب بالأخ.

وقد حكوا عن علي - رضي الله عنه - التشبيه بشجرة انشعب منها غصن ثم من الغصن غصن ثم من الغصن غصنان(١).

وعن زيد: التشبيه بوادٍ انفجر منه نهر ثم من النهر نهران(٢).

فالشجرة هو الجد والغصن الأول هو الأب، والغصنان هما: الأخوان، وعلى هذا في الوادي.

= ٦/٢٤٦، المبسوط: ١٩/١٧٩.

وبه قال قتادة، وأبو ثور، ونعيم بن حماد، والمزني، وابن سريج، وابن اللبان.

ينظر: المصادر السابقة، المهذب: ٢/٤٠، فتح الباري: ١٢/٢٠، الحاوي: ٩/١٢٢، المبسوط: ١٩/١٧٩.

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/٢٤٨.

وذكره صاحب العذب الفائض: ١/١٠٦، وابن قدامة في المغني: ٩/٦٦.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/٢٤٧، والدارقطني في سننه: ٤/٩٤.

وذكره صاحب العذب الفائض: ١/١٠٦، وابن قدامة في المغني: ٩/٦٦.

فالقرب بين الغصنين مثل القرب بين الغصن والشجرة، لأن القرب في الموضعين بواسطة الغصن الأول بل القرب بين الغصنين أكثر من القرب بين أحد الغصنين وساق الشجرة، لأن هناك فاصلًا بين القرب ولا فاصل ههنا.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الجد أب فيسقط الأخوة كالأب [١٧٥/ب] الأدنى.

والدليل عليه: أن آدم صلوات الله عليه أب البشر باتفاق المسلمين وهو جدهم، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾[١] وهو جد.

ويدل عليه: أن النبي ـ صلى الله عليه ـ مرّ بفتيةٍ من الصحابة يتناضلون فقال: (ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان راميًا)[٢].

والمعتمد لهم: أن ابن الابن ابن في الاستحقاق والحجب، فإنه ينزل منزلة ابن الصلب بالإجماع[٣]، فكذلك أب الأب أب على معنى أنه نزل منزلته، وهذا لأن الاسم من الأسماء المشتركة فلا يتصوّر أن يكون ابن الابن ابنًا إلّا ويكون أب الأب أبًا لأن الابن من غير أبٍ محال، والأب من غير ابن محال، وهذا كالأخ مع الأخ.

واستدلوا من حيث الحكم: في أن الجد أب: أن ولايته تجمع المال

---

(١) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٦/٩١ مع الفتح، باب التحريض على الرمي، وابن ماجه في سننه: ٢/٩٤١، باب الرمي في سبيل الله.
والإمام أحمد في مسنده: ١/٣٦، ٤/٥٠.

(٣) ينظر: العذب الفائض في شرح عمدة الفارض ١/٤٢.



والنفس، ولأن له ولاية الاستيلاد، ولأن بينهما بعضيّة توجب العتق مثل الأب سواء.

۞ **الجواب:**

أمّا قولهم: «إن الجد أب».

ترك للحقيقة، ألا ترى أنه يقال أب وليس بجدٍ، وَجَدٌّ وليس بأبٍ، وأسماء الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها بحالٍ، ولأن الأب هو الوالد حقيقة، والجد ليس بوالدٍ حقيقة، بل هو والد الوالد والذي تمسكوا به من الظواهر فإنما سُمِّي الجد أبًا على سبيل المجاز.

وأمّا قولهم: «إن ابن الابن ابن».

قلنا: لا نسلّم، إنه ابن حقيقة، فإنه ابن الابن وليس بابن، وهذا لأن الابن وُلِدَ من الإنسان، وهذا وَلَدُ وَلَدِه، وليس بولده وإنما نزل منزلة الابن عند فقده بدليل قام عليه.

فإن قالوا: قولوا إن أب الأب ينزل منزلة الأب عند فقده.

قلنا: لا مدخل للقياس في هذا، فإن ابنة[1] الابن قامت مقام ابنة[2] الصلب عند فقدها، والجدة لا تقوم مقام الأم عند فقدها بحال.

يدل عليه: أن ابن الابن لما قام مقام ابن الصلب قام مقامه في جميع الأحكام فقولوا: إن الجد أيضًا يقوم مقام الأب في جميع الأحكام،

(١) في المخطوط: ابنت.

(٢) في المخطوط: ابنت.



وبالإجماع لم يقم.

أمّا عندنا: فظاهر.

وعندهم: لا يقوم مقامه في أربعة أحكام: فإن الولد يصير مسلمًا بإسلام أبيه ولا يصير مسلمًا بإسلام جده، والأب يجر الولاء في المسألة المعروفة بخلاف الجد، ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد عندهم، بخلاف الجد تشارِكه الأمّ، وتكون نفقته عليهما على قدر الميراث.

وإذا ماتت المرأة عن زوجٍ وأبوين، فيكون للزوج النصف وللأم ثلث ما تبقى، والباقي للأب، وإذا كان مكان الأب جد يكون للأم ثلث جميع المال.

فإن قالوا: «لابد من دليل معنوي في أن ابن الابن يكون ابنًا ولا يكون أب الأب أبًا».

قلنا: لا يلزمنا ذلك بعد أن وقع التفريق على المذهبين.

ويمكن أن يقال: إن نسبة الابن إلى أبيه، وكذلك نسبة ابن ابنه، وهذه نسبة لابد منها فلما كان ابن الابن يشارك الابن في النسبة إلى الأب قام مقامه وكان مكانه فيما يختص به من الأحكام، وهذا لا يوجد في جانب الأب لأنه لا يشبه، إنما هو الإيلاد، والإيلاد للولد لا لولد الولد.

فإن قالوا: «إن لم يكن لأب الأب نسبة فلابن الابن نسبة إليه».

قلنا: بلى، ولكن هذه نسبة يختص بها ابن الابن ولا توجد في الجانب الآخر.



وأمّا الأحكام التي تعلقوا بها فهي: إمّا أن تدور على الشفقة أو البعضيّة.

ونحن نُسلّم أن الجد أشفق، وله بعضيّة ليست للأخ.

فإن قالوا: قدّموه بالبعضيّة التي اختص بها.

قلنا: الميراث يدور على القرب لا على البعضيّة، وعلى أن جانب الجد وإن اختص بالبعضية فجانب الأخ اختص بقوة البنوة، والبنوة أقوى من الأبوة على ما ذكرناه، وأيضًا فإن لجانب الأخ قوة أخرى في التعصيب حتى إنه يعصّب أخته بخلاف الأب والجد، وتبين بهذا أن الشرع نَزَّله منزلة الابن.

فإن قالوا: «الفصل الأول باطل، لأن أب الجد أولى من العم بالاتفاق ولأب الجد أبوة الجد وللعم بنوة».

قلنا: بلى، ولكن العمّ بالشرع أخذ طرفًا من الشَّبه بالأجانب من حيث إنه يلد من أجنبية بخلاف الأخ.

وأمّا قياسهم على الأب:

قلنا: لِمَ قلتم إذا كان الأخوة لا يرثون مع الأب وجب أن لا يرثوا مع الجد؟.

قالوا: «لأن كل جهة قُدّمت في العصوبة على جهة فمادام يوجد في تلك الجهة مَنْ يمكن تقديمه يكون أولى وإن بعدت درجته كابن ابن الابن وإن سفل مع من أب الأب، وكابن ابن الأخ وإن سفل مع العم، وقد وجد ههنا في جهة الأبوة مَنْ أمكن تقديمه في العصوبة وإن بعدت درجته وهو الجد وإن علا، فوجب أن يقدم على الأخوة، وهذا لأن جهات العصوبة على ترتيب معلومٍ: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ولهذا تكون الولاية

في النكاح على هذا الترتيب».

قلنا: قد [١٧٦/أ] بيّنا أن الأبوة مفقودة في الجد، وبيّنا أن قوة الأخ كقوة الابن.

وأمّا سقوطهم بالأب، إنما كان لأنهم يُدلون به فيكونون له بمنزلة الفرع للأصل، ولو لم يسقطوا بالأب لزاحموه، والفرع لا يزاحم أصله، وهذا لا يوجد إذا كان مكان الأب جد لأنهم لا يُدلون به، إنما يُدلون بمن يُدلي هو به فساووه فجاز أن يزاحموه.

فإن قالوا: «أليس أن أولاد الأمّ يرثون مع الأمّ وإن أدلوا به؟».

قلنا: هذا الأصل في العصبات، فأما في أصحاب الفرائض فلا، وهذا لأن مَنْ له فرضٌ مقدرٌ لا مزاحمة لأحد معه.

فإن قالوا: «أليس أن الجدات لا يرثن مع الأمّ، ويسقطن بها لأنهن يُدلين بها وإن كانت صاحبة فرض؟».

قلنا: ليس السقوط لهذا لكن لأن جهة الاستحقاق واحدة، والأمّ قد استوفت فرض تلك الجهة على كمالها.

هذا الذي أوردناه في هذه المسألة غاية الإمكان، والمسألة من المعضلات.

وقد ثبت عن عمر أنه قال: «أجرأكم على الجَدّ أجرأكم على النار»[١].

ونعوذ بالله منها. والله أعلم.

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه عن سعيد بن المسيب، عن عمر رضي الله عنه في القسم الأول من المجلد الثالث: ٣٣ رقم (٥٥)، باب الجد.
وذكره في العذب الفائض: ١٠٥/١.




❋ (مَسْأَلَة):

المرتد لا يرث ولا يورث(١)، ويكون ماله إذا قُتلَ أو مات على الردة لجميع المسلمين فيئًا(٢).

وعندهم: يورث، ويكون ميراثه لقرابته المسلمين(٣).

وفرق أبو حنيفة بين كسب الإسلام وكسب الردّة فجعل كسب الإسلام لورثته، وكسب الردة فيئًا(٤).

وأمّا أبو يوسف ومحمد بن الحسن: فسوّيا بينهما، وأثبتا الإرث في الكل(٥).

---

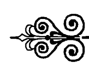
(١) قال ابن قدامة في المغني: «لا نعلم خلافًا بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحدًا، وهذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم»، ٩/١٥٩، الحاوي: ٨/١٤٥.

(٢) الأم: ٤/١٣، مختصر المزني مع الحاوي: ٨/١٤٥، المهذب: ٢/٣١، النكت: ورقة ١٩٥/أ، معالم السنن: ٣/٣٢٧.
وبه قال مالك، وابن عباس، وربيعة، وأبو ثور، وابن المنذر، وهو رواية عن الإمام أحمد وهي الصحيحة في المذهب. ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢/٣٢٨، المغني: ٩/١٦٢، شرح النووي على مسلم: ١١/٥٢.

(٣) وبه قال الأوزاعي، وإسحاق، والحسن البصري، والشعبي، وعمر بن عبد العزيز، وقد روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وابن مسعود.
ينظر: معالم السنن: ٣/٣٢٧.
وهو الرواية الثانية للإمام أحمد، ينظر: المغني: ٩/١٦٢، الحاوي: ٨/١٤٥.

(٤) مختصر الطحاوي: ٢٦١، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٨١٧، ٨١٨.
وبه قال سفيان الثوري، وزفر بن الهذيل. ينظر: معالم السنن: ٣/٣٢٧، الحاوي: ٨/١٤٥، المبسوط: ٢٠/٣٧، الأسرار: ١/١٥٥/ب (مراد ملا).

(٥) مختصر الطحاوي: ٢٦١، شرح معاني الآثار: ٣/٢٦٨، الأسرار: ١/١٥٥/ب، المبسوط:=




❖ **لنا:**

أنه كافر فلا يرثه المسلمون.

دليله: سائر الكفار، وقد دل على هذا النص الوارد في الباب، وهو قوله ﷺ: (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)(1) وهذا لأن وجود الموالاة شرط لثبوت الإرث، ودليل الشرطية أن الوراثة خلافة في الملك، ومعنى الخلافة: أنه يقوم مقام الميت وينزل منزله ويصير كأنه هو المالك المستدام ملكه، فإذا انقطعت الموالاة لم يمكن هذه الإقامة، لأنه وإن كان قريبًا نَسَبًا يكون أجنبيًا دِينًا فتعذرت الخلافة، كما لو كان أجنبيًا في النَّسب أيضًا.

وأمّا إذا اتفقا في الدين فقد جمعهما الموالاة دينًا فيكون قريبًا نَسَبًا ودِينًا فأمكن إثبات الخلافة والحكم بالإقامة.

ثم الدليل على انقطاع الموالاة بين المسلمين والكفار نص الكتاب وهو

= ٣٧/٢٠، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٨٦/٣.

(1) رواه البخاري في صحيحه: ٥٠/١٢ مع الفتح، باب لا يرث المسلم الكافر. ومسلم في صحيحه: ٥٢/١١ مع النووي، كتاب الفرائض.
وأبو داود في سننه: ٣٢٦/٣، ٣٢٧ مع المعالم، باب هل يرث المسمل الكافر.
والترمذي في سننه: ٢٥٧/٨ مع العارضة، باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر.
وابن ماجه في سننه: ٩١٣/٢.
والدارمي في سننه: ٢٧٠/٢، ٢٧١.
والإمام مالك في الموطأ: ٢٥٠/٦ مع المنتقى، باب ميراث أهل الملل.
والإمام أحمد في المسند: ٢٠/٥، ٢٠٢، ٢٠٩.

قوله تعالى في الكافرين: ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[1].

وقال في المؤمن: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾[2].

وقال تعالى: ﴿ٱلْمُنَٰفِقُونَ وَٱلْمُنَٰفِقَٰتُ بَعْضُهُم مِّنۢ بَعْضٍ﴾[3].

وقال في المؤمن: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[4].

ومعنى الموالاة: «الأخوة في الدين، وقيام بعضهم بحقوق البعض نُصرةً وذبًا عنه وتنزيلًا إياه منزلة نفسه.

وندل بعد هذا على أن ماله فيء للمسلمين فنقول: المرتد حربي مقهور في أيدينا فيكون ماله فيئًا للمسلمين.

دليله: سائر أهل الحرب، ونعتبر كسب الإسلام بكسب الردة وهو اعتبار من أصح الاعتبارات.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: روي مثل مذهبنا عن علي، وابن مسعود[5].

قالوا: ولأن لأمواله حكم الإسلام بدليل أنه لا يكون فيئًا في الحال، وإنما لم يصر فيئًا في الحال لأجل حكم الإسلام.

---

(١) سورة الأنفال، جزء من آية: ٧٣.

(٢) سورة الأنفال، جزء من آية: ٧٢.

(٣) سورة التوبة، جزء من آية: ٦٧.

(٤) سورة التوبة، جزء من آية: ٧١.

(٥) ذكرهما الطحاوي في معاني الآثار: ٣/٢٦٦، والدبوسي في أسراره: ١/١٥٦ (مراد ملا).




يدل عليه: أن لذاته حكم الإسلام بدليل أنه لا يقر على الكفر، ولأن عندكم يؤمر بقضاء الصلوات التي تفوته في حال الردة، ولأنه لو حدث ولد بين مرتدٍ وكتابية يكون له حكم الردة كما لو حدث بين مسلمٍ وكتابية، وإذا كان لنفسه حكم الإسلام، فكذلك لماله، لأن ماله تبع لنفسه.

وإذا ثبت أن له حكم الإسلام لم يكن فيئًا وإذا لم يكن فيئًا يكون لقرابته من المسلمين لوجود القرابة والوصلة الدينية. ونعني «بالوصلة الدينية» القدر الذي ثبت له به حكم الإسلام.

قالوا: وعلى هذا سقط قولكم «حربي مقهور في أيدينا»، لأنه وإن كان كذلك لكن لماله حكم الإسلام فمنع الحكم لماله بالفيء على ما سبق.

وبعضهم قال: المسلم قريب وله ولاية، لأن ولاية المسلم على الكافر ثابتة في الجملة بخلاف الكفار في حق المسلمين، لأنه لا ولاية لهم.

وإنما منعنا إرث المسلم من الكافر الأصلي بالنص، ولا يجوز أن يلحق به المرتد، لأن كفره غير مستقر به هو متزلزل فيكون ثابتًا من وجهٍ لا من وجهٍ بخلاف الكافر الأصلي فإن كفره ثابت من كل وجهٍ.

قالوا: وأمّا كسب الردة فلم يثبت له حكم الإسلام، وعلى أن عندنا يملك المرتدُ كسب الردة ملكًا موقوفًا لوقوف تصرفاته فإذا قُتِلَ على الردة أو مات عليها صار كأن لم يملك[1] وقد زال الملك عن مُلّاكها إلا ...[2] حقه أن يوضع في بيت المال، وهذا لا [١٧٦/ب] يوجد في كسب الإسلام، لأنه

(١) الأسرار: ١/١٥٤/ب، ١٥٥/أ (مراد ملا).

(٢) الكلمة مطموسة في المخطوط، ولعلها «الأول فكان من...».

قد كان ملكه حقيقة فثبت له حكم الإسلام على ما سبق.

وقد قال بعض مشايخهم[١]: إن الردة تنزل منزلة الموت، والمرتد هالك ولهذا المعنى قلنا: إنه يزيل الملك بمنزلة الموت، وإذا نُزِّل منزلة الهلاك يكون ماله لقرابته المسلمين، كما لو مات بدل الردة.

۞ **الجواب:**

أنا لا نسلم ثبوت حكم الإسلام لماله، ولا نسلّم ثبوته لنفسه لأنه كافر من أكفر الكفار، فكيف يثبت له أو لماله حكم الإسلام؟.

وإنما لم نقسّم ماله على المسلمين في الحال، لأن الشرع وَرَدَ بحمله على الإسلام، والظاهر عوده، وإذا عاد جعلنا إسلامه بمنزلة المطّرد المستمر فلأجل هذا انتظرنا حاليه في العود أو الاستقرار على الكفر، ولم نجعل ماله فيئًا في الحال، وهو نظير النكاح على أصلنا على ما عرف في النكاح[٢]، وهذا كما في كسب الردة على أصلهم لا يكون فيئًا في الحال بل ينتظر ما بينا لما ذكرنا.

وأمّا قولهم «يجب عليه قضاء الصلوات التي تركها في حال الردة».

قلنا: ليس ذلك لأجل ثبوت حكم الإسلام له، بل لأجل التزامه السابق على ما ذكرنا في تلك المسألة[٣]، وهذا لأن جميع الكفار يخاطبون بالشرائع

---

(١) منهم أبو يوسف ومحمد. ينظر: الأسرار: ١/١٥٦/أ (مراد ملا).

(٢) وهو أن الفرقة بين الزوجين في الردة لا تقع في الحال إذا كان المرأة مدخولًا بها بل تتأجل حتى انقضاء العدة. ينظر: النكت: ورقة ٢٠٧/ب.

(٣) ينظر: مسألة: المرتد عن الإسلام يلزمه قضاء ما ترك من الصلاة: ١/٢٧٤ من هذا الكتاب.




لكن سقط عن الكافر الأصلي ما لزمه تخفيفًا، والمرتد لا يستحق التخفيف، وكذلك الحمل على الإسلام ليس لأجل ثبوت حكم الإسلام له بل لتغلّظ كفره، كما قالوا في مشركي العرب: يحملون على الإسلام بالسَّيف، وليس لهم حكم الإسلام بوجهٍ ما.

وإذا بطل هذا الأصل استقام أن يجعل كسبه فيئًا فلم يكن لورثته.

وأمّا قولهم: «إن الأصل أن يرث المسلم من الكافر لأجل ثبوت ولايته».

قلنا: هذا تعبد، لأن الموالاة شرط على ما قدمنا، وقد انقطعت من الجانبين، والعذر عن كسب الردة ضعيف، لأن كسب الردة عندهم مثل كسب الإسلام في أنه يكون له عند إسلامه فوجب أن يكون مثل كسب الإسلام في أنه يكون لورثته عند قتله.

وقولهم: «إنه لم يملك».

قلنا: فينبغي أن لا يكون فيئًا أيضًا، لأن حكم الفيء لما مَلَكَه المرتد لا لما لم يملكه، وعلى أنهم قالوا في المكاتب إذا ارتد وقُتِلَ على الردة يُعطى نجوم كتابته من كسبه وأعتق، ويكون كِلَا كسبيه ـ أعني كسب الإسلام، وكسب الردة ـ لورثته المسلمين[1]، وهذه مناقضة ظاهرة.

وأمّا قول مشايخهم: «إن الردة موت».

فمحال، بل هو كفر فيلتحق بالكفار لا بالموتى فلئن كان هو هالكًا فسائر الكفار هَلْكَى، وإن كان سائر الكفار أحياء فهو حي، ثم هذه الطريقة

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٥٦/أ (مراد ملا).




باطلة على أصولهم، فإن عندهم: لو حَدَثَ ولد له بعد الردة بعلوقٍ حادثٍ يرث وإن كانت الردة موتًا على ما زعموا وجب أن لا يرث إلّا ما كانوا موجودين عند ردته.

وكذلك قالوا: لو هَلَكَ بعض الورثة بعد الردة قبل القتل لا يرث، ويعتبر عدد الورثة عند الهلاك لا وقت الردة[1].

وهذا دليل قاطع.

وهاتان المسألتان قد نَصُّوا عليها فبطلت الطريقة قطعًا بما قلناه.

والله أعلم بالصواب

※ (مَسْألة):

قتل الصبي والمجنون يوجب حرمان الميراث عندنا[2].

وعندهم: لا يوجب[3].

لنا:

إنه قتل بغير حقٍ فيوجب حرمان الإرث.

دليله: قتل المخطئ، وهذا لأن حرمان الإرث حكم يتعلق بنفس حصول

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٥٦/أ (مراد ملا).
(٢) النكت: ورقة ١٩٥/أ، الحاوي: ٨/٨٥.
(٣) الأسرار: ١/١٧٣/أ (مراد ملا)، المبسوط: ٢٠/٤٨، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف: ٤٠٦.



القتل بغير حقٍ سواء اتصف بالعدوانية أو لم يتصف أو اتصل به الإثم أو لم يتصل بدليل تعلقه بقتل الخطأ وهو غير موصوفٍ بالعدوانية ولا هو قتل مؤثم ولكن لما كان حصوله بغير حقٍ أوجب تعلق هذا الحكم.

فإن قالوا: وَلِمَ.

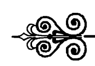
قلنا: لأنه سبب قاطع للموالاة التي هي شرط الإرث، لأن القتل إهلاك، ولا بقاء للموالاة مع الإهلاك فأشبه اختلاف الدين وانقطاع الموالاة يستوي فيه البالغ والصبي بدليل انقطاعه باختلاف الدين.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: جزاء فعل محظور فلا يتعلق بقتل الصبي.

دليله: القود، وهذا لأن حرمان الإرث لا يقابل المحل؛ لأن ما يقابل المحل يكون وجوبه على طريق الجبر للمحل وحرمان الإرث لا يحصل به جبرٌ لمحل بحالٍ. فدل أنه يقابل الفعل ليكون جزءً له مثل القود، والجزاء على الفعل لا يثبت إلا بعد أن يكون الفعل محظورًا وفعل الصبي غير محظورٍ، لأن الحظرية بالخطاب ولا خطاب على الصبي بحال.

قالوا: وهذا بخلاف قتل الخاطئ فإن قتل الخاطئ قتل مخظور، لأنه أهل الخطاب إلا أنه لم يُعْف عن الخطأ، والخطأ صفة لذاته، ولا يتعدى إلى المحل فبقي الفعل محظورًا فيما [١٧٧/أ] يرجع إلى المحل فصار قتل الخطأ محظورًا من وجهٍ لا من وجهٍ، فمن الوجه الذي هو محظور صلح أن يكون سبب الحرمان، ويكون حرمان الإرث جزاءً له.

وأمّا قتل الصبي فليس بمحظور بوجهٍ ما، فلم يصلح أن يكون الحرمان جزاءً له، وقد وجب جزاءً على الفعل المحظور، ولهذا المعنى لا يتعلق بغير المحظور بحالٍ، ولأنه إذا لم يكن جبرًا للمحل فلابد أن يكون جزاءً على المحل.

وقد قال بعض مشايخهم:

إن الخاطئ مقصّر وبتقصيره يقع له الخطأ فيجوز أن يُجازَى بفعله، ولأنه متهم في الفعل يجوز أنه تخاطأ[1] وليس بخاطئ.

وأمّا في مسألتنا فلا تهمة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن قتل الصبي إن لم يكن محظورًا فليس بمباحٍ فيجوز أن يعلق به الحرمان فإن فعل الصبي ليس بمحظورٍ ولا مباح، لأن كليهما بالخطاب، ولا خطاب فهو كفعل البهائم.

الجواب:

لا نسلّم إنه جزاء الفعل، لأنه يتعلق بقتل الخاطئ، ولا يجوز أن يُجازَى الخاطئ على فعله، لأنه لا يُنهى عنه فيقال لا تخطِئْ فكيف يُجازى عليه؟ ولأن الله تعالى وَضَعَ عنه الخطأ بنص الكتاب، فلم يتصوّر جزاؤه عليه، ولأنه إذا كان جزاء الفعل ففي العمر قد جوزي بالقتل فلا معنى للمجازاة بغيره، وفي الخطأ إن كان الحرمان جزاء على القتل فيجب أن لا يخلو عنه بحالٍ، ويخلو عنه إذا كان القتل في غير المورّث فأين الجزاء في هذه الصورة؟ وإذا

(١) في المخطوط: تخاطى.

خلا عنه في صورةٍ يجوز أن يخلو عنه في سائر المواضع، ولأنه لو كان في القتل جزاء الفعل لكان في الكفر جزاء الكفر ثم ينبغي أن يكون في جانب الكافر دون المسلم، فدل أنِ جعله جزاء الفعل أو عقوبة الفعل لا وجه له، وإنما هو متعلق بصورة القتل أينما وُجِدَ أو متعلق بقتلٍ يحصل بغير حق لحصول انقطاع الموالاة بصورته.

وأمّا قولهم: «إن الخاطئ من أهل الخطاب».

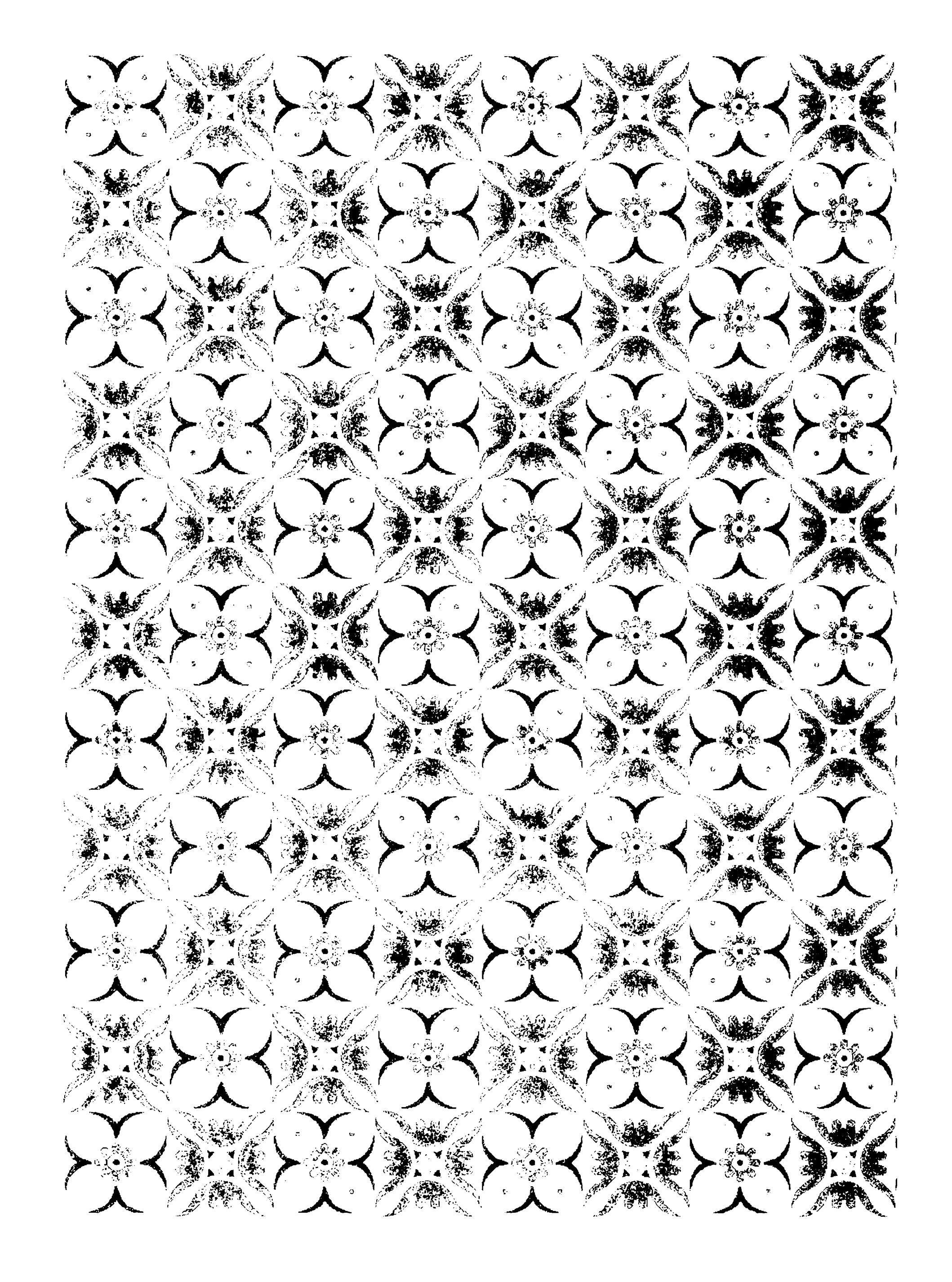
قلنا: نعم، في غير ما وقع فيه الخطأ، فأمّا فيما أخطأ فيه فلا، والكلام فيه.

وأمّا قولهم: «إنه مقصر أو متهم بالتخاطئ».

قلنا: وههنا يتهم بالتصابي والتجانن، وعلى أنه إذا رمى سهمًا إلى صيدٍ فاعترض مورّثه فأصابه لا تقصير ولا تهمة في هذا الموضع، والحرمان ثابت.

والله أعلم بالصواب







كتابُ الوصايا

※ (مَسْألة):

إذا أوصى لواحدٍ بالثلث من ماله، ولآخر بنصف من ماله ولم يجز الورثة، يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان[1].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يقسم بينهما على سهمين[2].

❖ لنا:

أن الوصية بالنصف وصية صحيحة في نفسها، بدليل أنه أوصى بملكه فيصح، كما لو أوصى بالثلث، ولأن الورثة لو أجازوا جازت الوصية من قبل المُوصِي، وصار معنى الإجازة منهم أنه كان لهم رد هذه الوصية فإذا أجازوا وأسقطوا حقوقهم فجازت الوصية من قبل المُوصِي، وإذا ثبت أن أصل الوصية صحيحة فنقول: ثبوت الرد للورثة لحقهم، وحقهم في سلامة الثلثين ومنع البخس فيه فصار عمل ردهم للوصية مقصورًا على هذا القدر وهو منع

(١) الأم: ٣٣/٤، مختصر المزني مع الحاوي: ٢٠٦/٨، المهذب: ٥٩٦/١، النكت: ورقة ١٨٥/ب، الحاوي: ٢٠٧/٨.
وبه قال الصاحبان. ينظر: مختصر الطحاوي: ١٥٨، مختصر القدوري: ٣٧٣/٢ مع الجوهرة، ملتقى الأبحر: ٥٤٨/٢.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٥٨، مختصر القدوري: ٣٧٣/٢ مع الجوهرة، ملتقى الأبحر: ٥٤٨/٢.

الاستحقاق فيما وراء الثلث فبقيت الوصية عاملة فيما وراء هذا وهو إثبات المفاضلة بين صاحبي الوصية لثبوت ضرر كل واحدٍ منهما بقدر سهمه في الوصية، ويجوز صحة الوصية لهذا العمل، بدليل ما لو أوصَى لواحدٍ بالثلث ولآخر بالثلث ولآخر بالسدس فلم يجز الورثة فضاربوا بقدر السِّهام المسماة لهم في الوصية، ولو أجازت الوصيةَ الورثةُ استحق كل واحد منهم وصية على الكمال، وعند الرد تضاربوا بالسهام.

والحرف: أن الوصية بعد الرد أمكن إبقاؤها على الصحة لفائدةٍ مطلوبةٍ وهي المفاضلة بالمضاربة فبقيت على الصحة كما بيّنا، وهذا لأن العقد متى أمكن إبقاؤه على الصحة بوجهٍ ما لا يبطل حكمه كما إذا أمكن إبقاؤها على الصحة بكل وجهٍ لا يبطل حكمه بوجهٍ، فصارت...[1] العول في الفرائض المسماة في المواريث.

[١٧٧/ب] ۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الوصية بما زاد على الثلث وصية تناولت حق الغير فإذا رد الغير ذلك منه لم يضرب به.

دليله: الوصية بمال الجار، وربما يقولون وصية بما لم يُجعل له الوصية به فلا يثبت به حق الضَّرب، ودليل الوصف أن حق الورثة ثابت في الثلثين، والوصية تناولت هذا الحق، ولأن الوصية جازت بخلاف القياس، لأنه تمليك بعد الموت، وإنما جازت بإطلاق الشرع، والشرع إنما أطلق الوصية

---

(١) الكلمة مطموسة في المخطوط، ولعل العبارة «على التفاضل مثل» وقد وَرَدَ مثل هذه العبارة في الحاوي: ٨/٢٠٧.

بالثلث لا بما زاد عليه بدليل قوله ﷺ: (الثلث، والثلث كثير...)[1].

ولأنه ﷺ قال: (إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم...)[2].

وحرفهم: أن الوصية لما لاقت حق الغير بطلت برد الغير، والضَّرب بالوصية الباطلة باطل.

قالوا: وقولكم إن الوصية تبقى صحيحة في إثبات المفاضلة، لا يصح، لأن إثبات المفاضلة فرع الاستحقاق، لأنه عقد استحقاق فإذا لم تصح الوصية في الاستحقاق لم تصح فيما هو تبع له.

ألا ترى أنه لو أوصى لواحدٍ بالثلث ولوارثه بالثلث فبطلت الوصية للوارث استحق للأجنبي كل الثلث، ولا يقال تثبت الوصية في إدخال النقص على الأجنبي حتى ترتد وصيته إلى النصف بل قيل هذا تبع الاستحقاق فإذا بطلت الوصية في الاستحقاق بطلت فيما هو تبع له.

قالوا: ولا تلزم الوصية بالألف والألفين، والثلث يضيق عنهما، لأن تلك الوصية لم تلاق حق الغير بيقين فإنها محتملة للجواز من غير إجازة الورثة بخلاف مسألتنا فإن الوصية بما زاد على الثلث لاقت حق الغير بيقين؛

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٦٩ مع الفتح، باب الوصية بالثلث.
ومسلم في صحيحه: ١١/٧٧ مع النووي، باب الوصية بالثلث.
والترمذي في سننه: ٤/١٩٧، ١٩٨ مع العارضة، باب ما جاء في الوصية بالثلث.
وأبو داود في سننه: ٣/٢٨٤، ٢٨٥ مع المعالم، باب ما جاء ما لا يجوز للموصي في ماله.
(٢) رواه ابن ماجه في سننه: ٢/٩٠٤، باب الوصية بالثلث.

لأنها لا تحتمل الجواز إلا بالإجازة من الورثة.

وعلى مثال هذا اعتذروا عن الوصية بالثلث، والثلث والسدس، لأن الوصية لم تلاق حق الغير، ألا ترى أن كل واحد من الوصيين يحتمل الجواز من غير إجازة الورثة بأن يرد أحدهما الوصية فتجوّز للثاني.

واعتذروا عن المحاباة بالألف والألفين، وعن عتق العبد الذي يساوي ألفًا والذي يساوي ألفين وضاق الثلث عنهما بمثل عذرهم عن الوصية بالألف والألفين وضاق الثلث عنها.

۞ **الجواب:**

أمّا قولهم: «إن الوصية لاقت حق الغير».

إن عنوا ملكًا، لا نسلم، وإن عَنَوا منعًا عن البخس بحقهم في الثلثين، فمسلّم، ولكن قد منعنا، وإنما أبقينا الوصية لمعنىً لا تعلق له بحقهم على ما سبق بيانه.

أمّا قولهم: «إن إثبات المفاضلة بين المُوصَى لهما تبع للاستحقاق، لا نسلّم، بل هو أصل، لأن إثبات المفاضلة نص كلامه، وأيضًا فإن إثبات الزيادة للمُوصَى له بالنصف مقصود له مثل إثبات أصل الحق، وأمّا مسألة الوصية للوارث والأجنبي فنحن نقول: إن الوصية للوارث باطلة أصلًا، ولا تجوز بالإجازة بخلاف مسألتنا.

وأمّا عذرهم عن الوصية بالألف والألفين يبطل بما لو أوصى بعبدٍ قيمته نصف ماله وبعبدٍ قيمته ثلث ماله فلم يجز الورثة، فإن عندهم يتضاربان بالسَّوية

وإن كان لم يصادف حق الغير بيقين، لأنه لو زاد ماله وخرجت الوصيتان من الثلث صحتا من غير إجازةٍ.

وأمّا عذرهم عن الوصية بالثلث والسدس، فالإلزام كلتا الوصيتين لا إحداهما[1]، ولا يتصوّر جواز كلتا الوصيتين إلا بإجازة، وأمّا الذي ذكروه إنما هو تصوير في إحداهما، والإلزام قائم.

والله أعلم بالصواب



※ (**مَسْأَلَة**):

إذا أوصى بجميع ماله ولا وارث له، لم يصح إلّا في الثلث عندنا[2].

وعندهم: يصح في الجميع[3].

✤ **لنا:**

إن المسلمين ورثة فإذا أوصى بجميع ماله لم يصح إلّا في الثلث، كما لو كان له ورثة من الأقرباء.

(١) في المخطوط: إحديهما.

(٢) الأم: ٤/٢٩، المهذب: ١/٥٨٨، النكت: ورقة ١٨٦/ب، الحاوي: ٨/١٩٥، معالم السنن: ٣/٢٨٥.

وهو رواية عن الإمام أحمد، وبه قال: مالك، والأوزاعي، وابن شبرمة.

ينظر: المغني: ٨/٥١٦، الإشراف للبغدادي: ٢/٣٢٣.

(٣) وبه قال ابن مسعود، وعبيدة السلماني، ومسروق، وإسحاق، وهو رواية عن أحمد. المبسوط: ١٩/١٨، المغني: ٨/٥١٦، مختصر الخرقي: ٨/٥١٦ مع شرحه المغني، معالم السنن: ٣/٢٨٥.




والدليل على أن المسلمين ورثة أنهم يعقلون عنه، والعقل قرينة الإرث بدليل قوله صلى الله عليه: (الخال وارث مَنْ لا وارث له يرث ماله وَيَعْقَل عنه)[1]، ولأنه لو قُتل وجب القصاص للمسلمين.

يبينه: أن الإمام يقتص من القاتل، ولا يخلو إما أن يقتص نيابة عن الله تعالى أو عن المسلمين، ولا يجوز نيابة عن الله تعالى، لأن ليس القصاص بحق الله، فدل أنه نيابة عن المسلمين ولهذا المعنى لو انقلب دية تكون الدية لهم، ولأن المسلمين يملكون تركته بعد موته بسبب الأخوة في الدين فصاروا كالإخوة من حيث النَّسب لما ملكوا تركته بعد موته بسبب الأخوة في القرابة كانوا ورثته، كذلك ههنا.

۞ وأمّا حجّتهم:

رووا عن ابن مسعود[2] مثل مذهبهم.

قالوا: ولأن جميع ماله في هذه الصورة مثل ثلث ماله إذا كان له ورثة، فإذا جاز هناك وصية في ثلث ماله جازت ههنا في جميع ماله، وإنما [١٧٨/أ] قلنا ذلك، لأن الوصية بثلث ماله إنما صحت لأنها صادفت خالص حقه فصحت.

وأمّا الوصية بما زاد على الثلث صادفت حق الغير، وهم الورثة على ما سبق فلم يجز، وههنا وصية بجميع ماله صادفت خالص حقه؛ لأنه ليس له ورثة حتى يتعلق حقهم بماله فتنفذ وصيته كما نفذت في الثلث في الصورة الأولى.

والدليل على أن المسلمين ليسوا بورثةٍ أنه لا سبب لإرثهم.

---

(١) تقدم تخريجه في ص ٧٠١ من هذا الجزء.

(٢) ينظر: المغني: ٥١٦/٨، المبسوط: ١٨/١٩.

وهذا لأن أسباب الإرث محصورة، ولم يوجد شيء منها، ولأنه لو أوصى لواحدٍ من المسلمين فإنه يجوز، ولو كانوا ورثة لم يجز، لأن الوصية للوارث باطلة.

قالوا: «وأمّا وجوب العقل في بيت المال يمنع إهدار الدم». وأمّا القصاص، قالوا: «ممنوع، بل لا يجب».

قالوا: «وأمّا قولكم إنهم يملكون ماله بعد موته».

قالوا: إنما وضع في بيت مال المسلمين من حيث إنه مال ضائع فللمنع من الضياع صرف إليهم، لا لأنهم ورثة، وهذا لأن موضع المال الضائع بيت المال، وبيت المال حق المسلمين فلا يجوز أن يمنع من الوصية بحق بيت المال، لأن العقد متى صدر من المالك في ملكه لا يُمنع منه إلّا بحقٍ قائمٍ في المحل، فإن الأصل إن العقد من الإنسان يصح بملكه».

وإنما يُمنع منه لحق غيره، كما في مسألة الراهن، فإنَ الراهن يُمنع من تصرفه في المرهون لحق المرتهن، وهو حق قائم في الحال، فيستقيم إحالة المنع عليه. وإذا ثبت هذا الأصل فحق الورثة فيما زاد على الثلث حق قائم في حالة المرض على ما ذكرنا في كتاب الإقرار، فقيام حقهم يمنع تصرف المريض فيه، فأمّا في مسألتنا فلا حق للمسلمين في حالة المرض، لأنهم ليسوا بورثة، وإنما الموت حصل لا عن استحقاق فلو لم يُوضَعْ في بيت المال ضاع، والضياع يكون بعد الموت لهلاك مالكه وعدم وارثٍ يملكه فصار حق بيت المال ثابتًا بعد الموت، فلم تصادف الوصية حقًا قائمًا حتى يكون ذلك الحق مانعًا منه، وإنما نهاية ما في الباب أن تصرّفه منع التصرف إلى




المسلمين أو منع ثبوت حقهم بعد الموت، وهذا لا يصلح مانعًا من التصرف بعد أن صادف تصرفه ملكه، لأنه ما من تصرف بالتمليك إلّا وهو مانع من ثبوت حقٍ كالتمليك في حال الصحة يمنع ثبوت الحق بالمرض، وإنما المانع حق قائم في الحال يعترض التصرف عليه بالإسقاط ولم يوجد في مسألتنا، هذا عمدتهم.

قالوا: ولا يجوز أن يُقال ما زاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلًا، لأن القياس أن لا تجوز الوصية، لأنه تمليك معلق بالموت فصار كما لو علقه بسبب آخر، ولأنه تمليك في مجهولٍ أو معدومٍ فلا يجوز واحد منهما، وإنما جازت بالشرع والشرع وَرَدَ بها في الثلث خاصة بدليل خبر سعدٍ المعروف في الباب، فخرج ما زاد عليه على المحلية، وذلك لأن ما زاد على الثلث محل الوصية؛ لأن الوصية عقد تمليك فإذا كان الثلث محلًا له كان جميع المال محلًا له كسائر العقود، ولأن الورثة لو أجازوا جاز، ولو كان ما زاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلًا لم يجز وإن أجازوا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه يجوز هبةً من قبل الورثة، لأنه لو كان هبة لكان لا يجوز في المجهول، ولو أوصى بجميع ماله لإنسانٍ فأجاز الورثة جاز، وإذا جعلنا هبة من قبل الورثة لم تصح، كما لو وَهَبَ جميع ماله، ولأنه لا يفتقر إلى القبض ولو ملكوا هبةً لم يملكوا قبل القبض، ولأنه تجوز الوصية بما تَلِدُه أغنامُه وبما تُثمر نخيلُه فيما زاد على الثلث إذا أجاز الورثة ولو كان جوازه جواز الهبات لم يجز.

قالوا: «وأمّا قولكم تمليك متعلق بالموت».

فلا يصح، لأنه إنما لا يجوز تعليق الملك بشيءٍ في حال الحياة، أمّا إذا علّقه بالموت على جهة الوصية يجوز، كما يتعلق بالموت على جهة الوراثة.

۞ **الجواب:**

إنا بيّنا إن المسلمين ورثة، وعليه الاعتماد.

وقولهم: «إن الوراثة لابد لها من سبب».

قلنا: سببها الأخوة في الدين.

فإن قالوا: ما قولكم في كافرٍ يموت وليس له وارث من الكفار؟ فإن في هذه الصورة لا يجوز أن يقال أن المسلمين ورثة له، لأن اختلاف الدين يمنع الإرث والخلاف في الصورتين واحد.

۞ **والجواب:**

إذا قلنا: لا يرثه المسلمون ينبغي أن تجوز وصيته بجميع المال وإن منعنا وصيته بجميع المال كما يمنع وصيته للمسلمين نقول: إن المسلمين يرثون من الكفار بولاية الحماية، واختلاف الدين مانع من الإرث بجهة القرابة لا بجهة الإسلام.

وأمّا الذي تعلقنا به من فصل تحمل العقل ووجوب القصاص، فتعلق صحيح، لأن القصاص باطل على قول أبي حنيفة ومحمد [١٧٨/ب] وإنما لا يجب على قول أبي يوسف.

وأمّا قولهم: «إن تحمل العقل كان لمنع إهدار الدم».

قلنا: أوجبوا الدية في مال القاتل حتى لا تهدر، كما لو أقر بالقتل ولم تصدقه العاقلة تجب الدية في ماله.

وأمّا قولهم: «لو أوصى لبعض المسلمين يجوز».

قلنا: المنع من وصية الوارث حتى لا يوجد الجمع بين الوصية والإرث.

وههنا لَا جَمع، لأن الإمام يجوز أن لا يَضَعَ من المُوصَى له شيئًا.

فإن قالوا: «ما قولكم إذا وَضَعَ؟»، قلنا: ينبغي أن لا تجوز الوصية حتى لا يؤدّي إلى الجمع بين الوصية والإرث والذي قالوا: إن الإرث غير ثابت للمسلمين لكن توضع التركة في بيت المال لأنه مال ضائع.

قلنا: ما من تصرفٍ في جهة إلّا وإذا لم يصرف إليها يكون ضائعًا، وعندنا لا ضياع أصلًا، لأن المسلمين ورثة. والله أعلم.

❊ (مَسْأَلَة):

إذا أوصى إلى إنسانٍ في شيء لا يصير وصيًّا في كل الأشياء عندنا[1].

وعندهم: يصير وصيًّا في كل الأشياء[2].

وعلى هذا لا يجوز للمُوصَى أن يُوصي إلى غيره[3].

---

(١) المهذب: ١/٦٠٥، النكت: ورقة ١٨٧/ب، الحاوي: ٨/٣٣٦.
وبه قال الصاحبان، وبه أخذ الطحاوي والحنابلة.
ينظر: مختصر الطحاوي: ١٦٢، المغني: ٨/٥٥١.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٦٢، الأسرار: ٢/٢٣٨/أ (مراد ملا).

(٣) المهذب: ١/٦٠٥، الحاوي: ٨/٣٣٦، النكت: ورقة ١٨٧/ب.



وعندهم: يجوز.

❋ **لنا:**

أنه متصرف بالأمر فلم يتعد تصرفه عن ما أُمر به إلى غيره.

دليله: الوكيل، والدليل على أنه متصرف بالأمر أنه يقول له: «تصرّف بعد موتي» وهذا أمر.

وقوله: «أوصيتُ إليك أو فوّضتُ إليك، أو تصرّف» فإن الكل بمعنىً واحد.

يدل عليه: أن الأمر يقتضي فعل المأمور، ويمكن أن يقال: إن الأمر بصيغته يقتضي الائتمار، والائتمار فعل المأمور، والمأمور ما نُصّ عليه في الأمر، وأمّا التصرف في غير المأمور أو تفويض الأمر إلى غيره فكل ذلك ليس من الائتمار في شيء إذ هو غير الائتمار فلا يملكه.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

ذهبوا إلى طريقين:

* **أحدهما:** أنه متصرف بالولاية فلا يختص تصرفه بشيء دون شيء.

دليله: الجد.

والدليل على أنه متصرف بالولاية أن الوصية إثبات خلافة في التصرف كما أن الوصية إثبات خلافة في الملك.

والدليل عليه:

أن أمره يسقط بموته فلا يجوز أن يتصرف غيره بأمره، لأن مَنْ لا أمر



له لا يتصرف عن أمره غيره.

وإنما طريق تصرفه أن بالوصاية يصير خليفة له في التصرف على معنىً أنه يكون قائمًا مقامه شرعًا؛ مثل الأب والجد في حق الطفل، ثم إذا صار خليفة يتصرف حينئذٍ بذلك لا بأمره، إلّا أن سبب هذه الخلافة هي الوصاية، وقد ثبت سبب خلافته له في الحال، ويظهر بعد الموت، لأن عمل الخلافة أن يقوم مقامه، وذلك يكون بعد هلاكه وانعدامه، وهذا كما تقول في القريب، انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة ثم يكون خليفة له بعد الموت في الملك، كذلك ههنا انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة، ثم زمان خلافته يكون بعد الموت، فثبت أنه متصرف عن ولايةٍ لا أمرٍ فلم تختص ولايته بشيء دون شيء.

دليله: سائر الولايات لأربابها.

واستدلوا من حيث الحكم في أنه متصرف عن ولايةٍ لا عن أمرٍ: بأنه لو أطلق الوصاية يصير وصيًّا، ولو كان تصرفه عن أمر لم يصح ما لم يعيّن المأمور به كما نقول في الوكيل، ولأنه لا تصح الوصاية إلى الفاسق، ولو كان تصرفه عن أمرٍ لم ينافه الفسق كالوكيل.

❊ وأمّا الطريقة الثانية:

قالوا: الشيء يثبت تارة نصًّا وتارة يثبت دلالة، وقد يوجد دليل الوصاية في الباقي إن لم يوجد النص، وذلك الدليل هو أنه مختار الميت في البعض، ومختار الميت في بعض أمره أولى بالتصرف ممن ليس بمختارٍ له في شيءٍ

من أمره، وهذا لأنه لابد في الباقي من قَيِّم ينصبه القاضي، وهذا الوصي مختاره في البعض، والقَيِّم ليس له بمختارٍ في شيءٍ ما، فيكون مختاره في بعض أموره أولى ممن ليس بمختارٍ له في شيءٍ على ما ذكرناه، أو يكون رضاه بتصرفه في بعض الأشياء رضًا بتصرفه في باقي الأشياء وليس كالوكيل، لأن الموكِّل من أهل التصرف بنفسه فلا يكون اختياره في بعض الأشياء دليلًا على اختياره في باقي الأشياء، بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: وأمّا توقيت الوصاية إنما صح على معنى أنه إذا قال: «أنت وصيّي ما لم يقدم فلان» فلا يكون الحاضر خلفًا عن الغائب، وإذا حضر الغائب فقد ظهر الأصل ولا بقاء للخلف مع الأصل، فسقط حكم الخلف مع وجود الأصل.

قالوا: وعلى هذا يجوز للوصي أن يُوصي، لأنا إن جعلنا المُوصَى متصرفًا بالولاية فيجوز له الاستنابة، وكذلك إذا قلنا بالخلافة فيجوز أن يعقد سبب الخلافة لغيره، حتى يكون ذلك الغير قائمًا، كما أنه قام مقام الغير، وكذلك وَصِيُّ وصيّه مختار مختاره [١٧٩/أ] فيكون مختار مختاره أولى من مختار غيره.

۞ **الجواب:**

أن عندنا تصرف الوصي عن أمرٍ بدليل المحسوس الذي بيناه أنه يقول: «أمرتُك كذا» فيفعله المأمور، ولا يعرف الأمر والتصرف عن أمرٍ إلّا بهذا.

وأمّا قوله: «إن الوصاية إثبات خلافة».

قلنا: إثبات الخلافة لا يعرف فنقول لهم ما معنى هذا؟.

قالوا: معناه أنه يعقد لغيره سببًا حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كأنه هو في التصرف، وكذلك في الوصية يعقد لغيره سببًا في الثلث حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كأنه هو في الملك.

قلنا: هذا الذي قلتم من أين قلتم أنه يُملّكه؟.

قالوا: للحاجة.

قلنا: وأين الحاجة؟.

قالوا: لأنه يبطل أمره بموته فلا يصح تمليكه بعد موته فلا يتصور تصرف الوصي وملك المُوصَى له إلّا على هذا الوجه الذي قدمنا.

قلنا: إنما يبطل أمره بموته إذا عَقَدَ عقد الأمر في زمان الحياة فإذا انتهت الحياة ارتفع الأمر، فأمّا إذا عقد العقد لأمرٍ بعد موته فكيف يبطل بموته؟.

فإن قالوا: لا يصح أمره بعد موته؛ لأن أمره إذا بطل في حق نفسه بطل في حق غيره.

قلنا: لا، بل أمره بعد موته قائم باقٍ[1].

والحرف: أن عندنا بقي أمره بعد موته فيما تتناوله الوصاية شرعًا بعد موته ليصح تصرف وصيّه، وكذا في الوصية يبقى ملكه بعد موته شرعًا بقدر ما يصح تمليكه فيه فيكون الوصي متصرفًا عن أمره، والمُوصَى له مالكًا عن

---

(١) في المخطوط: باقي.




تمليكه، وهذا لأن الملك سبب مطلق للتملك، لأن صحته بأمثلةٍ قد عرفناها في أصول الشرع.

فأمّا إطلاق نصب خليفة عن نفسه حتى يصير خليفة كأنه هو واستنابته في أمور الدنيا نائبًا عن نفسه في أملاكه وتصرفاته ويصير ذلك الخليفة على مثاله في حال حياته، فهذا أمر لا يُعرف ولا دليل على ذلك لا مشروعًا ولا معقولًا.

وأمّا قولهم: «لو أطلق الوصاية يصير وصيًّا».

قلنا: فيه وجهان[1].

وعلى أنا إنْ سلمنا فهو بدليل العرف.

وأمّا الوصاية إلى الفاسق فقد منعوا أيضًا، وإن سلمنا فمنع الوصاية إليه نوع نظرٍ زائدٍ من قبل الشرع حتى يكون نصبه مَنْ يتصرف له بعد موته وسقوط تسلطه عليه بالعزل والتنفية من يكون له نظر في تصرفه له ويكون مأمون الخيانة من جانبه.

※ وأمّا الطريقة الثانية:

قلنا: دعوى دليل الوصاية في الباقي دعوى باطلة ولا دليل عليه أصلًا.

أمّا قولهم: «إنه مختاره في البعض».

قلنا: لا دليل في اختياره في البعض على اختياره في الباقي.

(١) ينظر: المهذب: ٦٠٥/١٠، النكت: ورقة ١٨٧/ب.

قالوا: لا بد من قيّم في الباقي.

قلنا: نعم، وينصبه القاضي، ويكون نصب القاضي كنصبه.

قالوا: منصوبه أولى.

قلنا: وَلِمَ؟ وهذا لأن تعميم تصرّفه إبطال تخصيصه ولا يجوز إبطال تخصيصه من غير ضرورة، وهذا لأنه وجد لتخصيصه وجه فائدةٍ، وهو أنه يعلم من هدايته وأمانته في هذا النوع ما لا يعرف في سائر الأنواع، فإذا وجدنا لتخصيصه فائدة فلا وجه لإبطاله أصلًا.

ثم يقال لهم أيضًا: إنما يصار إلى الدليل عند عدم الصريح، وعندكم لو قال: «تصرّف في كذا ولا تتصرّف في كذا» يعم تصرفه، ولا دليل ههنا.

وكذلك قد قلتم: لو أوصى إلى إنسانٍ في الدَّين، وإلى آخر في العين يكون كل واحد منها وَصيًّا في الكل ولا دليل ههنا، لأنه قد اختار في الباقي غيره نصًا، والدليل يسقط مع النص على خلافه.

وفصلُ توقيت الولاية لازمٌ، وجواز التوقيت دليل على جواز التخصيص.

والذي قالوا: «خلف وأصل».

فليس بشيء، لأنه لو أوصى إلى فلانٍ سنة، أو إلى رأس الشهر، يصح توقيته، وإن لم يوجد مَنْ يكون خلفًا عنه أو أصلًا له وإن منعوا، ففيما ذكرناه غُنية. والله أعلم.





※ (مَسْأَلَة):

الوصية من الإنسان لقاتله صحيحة عندنا[1].

وعندهم: لا تصح[2].

وصورته: إذا جرح إنسانًا، وأوصى المجروح للجارح ثم هَلَكَ بالجراحة.

وللشافعي قول آخر مثل قول أبي حنيفة[3].

وقال بعض أصحابنا: إذا أوصى لإنسان وقتله المُوصَى له بطلت الوصية قطعًا قولًا واحدًا[4]، وفي الصورة الأولى: قولان[5].

ومنهم مَنْ قال في الصورتين: قولان.

وهذا هو الأولى وهو المستمر في النظر.

❋ **لنا:**

أنه عقد تمليك أو تمليك بعقد فيجوز مع جارحه[6] ولا يبطل بقتله.

دليله: الهبة.

وقولنا: «عقد تمليك»، لأن الوصية عقد وهو تمليك، لأن الثابت به الملك.

---

(١) الحاوي: ١٩١/٨، المهذب: ٥٨٩/١، النكت: ورقة ١٨٤/ب، الروضة: ١٠٧/٦.
وقال النووي: «أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني الصحة كالهبة...» ا. هـ.

(٢) مختصر القدوري: ٣٦٩/٢ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ١٨٥٧/١٠.

(٣) ينظر: المهذب: ٥٨٩/١، النكت: ورقة ١٨٤/ب، الروضة: ١٠٧/٦.

(٤) منهم الماوردي في الحاوي: ١٩١/٨، وذكر ذلك النووي في الروضة: ١٠٧/٦.

(٥) الروضة: ١٠٧/٦.

(٦) في المخطوط: أولا.

وأمّا فقه المسألة: وهو أن عقد التمليك صحته بالرضا وثبوته بالإثبات بعد أن يكون صادرًا من أهله في محله، وقد وجد في مسألتنا، لأنه أثبت الملك له بالوصية ورضى بثبوته له وإن كان جارحًا له [١٧٩/ب] خائفًا من الهلاك بجرحه وهذا لأنه لو أوصى له بعد جرحه فعلى القطع يحكم بوجود الرضا.

فإن قالوا: إنْ استقام هذا في هذه الصورة فلا يستقيم فيما لو أوصى لإنسان ثم قتله المُوصَى له.

قلنا: نقول في هذه الصورة قد وُجِدَ النص في تمليكه وهو صريح في الرضا، والعمل العارض محتمل يجوز أنه تكره به الوصية ويجوز أن تبقى على رضاه، لأن نهاية ما في الباب أن يُحسن إلى مَنْ يسيء إليه وَيَبُرّ عدوه، وهذا شيء مندوب إليه شرعًا، وهو من أخلاق النبوة التي استحق بها المدح لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾[1]، وهو معنى قوله ـ عليه السلام ـ فيما ذكر عن جبريل ـ عليه السلام ـ أنه قال عن ربه تعالى: (صِل مَنْ قطعك، واعف عن مَنْ ظلمك، واعط مَنْ حرمك...)[2] ولهذا المعنى تصوّر أن يوصي له ابتداءً بعد جرحه إياه ويهب له شيئًا، وعندنا فعله مشروع جائز في الصورتين.

وعندهم: تجوز الهبة ولا تجوز الوصية.

فإن قالوا: لا تجوز الهبة، لأن حكمها حكم الوصايا.

قلنا: قد صح في الحال متى مَلَكَ الموهوبُ له الموهوبَ ثم ينفسخ بعد الموت.

---

(١) سورة القلم، آية: ٤.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٤/١٤٨، ١٥٨، وليس فيه أنه حديث قدسي.




❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: ملك المُوصَى به ملك على سبيل الإرث فيمنعه القتل.

دليله: نفس الإرث.

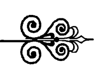
وإنما قلنا: «ملك على سبيل الإرث» لما بيّنا أن الوصية إثبات خلافة في ملك الثلث ثم إذا صار خليفة له يعقد سببه له فملك حكمًا بعد موته كالقريب، وكما تقول في عقد النكاح فإنّه سبب لثبوت الخلافة للزوج أو الزوجة ملكًا في النصف أو الربع للزوج، وللمرأة في الربع أو الثمن، وإذا كان الملك على سبيل الإرث فيكون حكمه مثل حكم الإرث.

وقالوا: على هذه الطريقة على قولنا: «إنه عقد تمليك» أن المُوصَى له لا يملك بعقد تمليكه، وإنما يملك حكمًا بالسبب الذي قدمناه.

وقد سلكوا طريقة أخرى وقالوا: الملك في المُوصَى به يتعلق بالموت بعينه، والقتل موت في حق المقتول، وليس بموتٍ في حق القاتل، لأن الموت انتهاء مدة الحياة وهذا صحيح في حق المقتول، أمّا في حق القاتل فلا، لأن في حق القاتل قد جُعِلَ كأنه قطع عليه حياته، ألا ترى أنه يجب عليه القود في العمد، والدية في الخطأ.

ولا يتصور وجوب هذا عليه بانتهاء مدة حياته، وإذا لم يكن موتًا في حقه، والوصية ملك متعلق بالموت بعينه، لأنه لا يتصور لغيره مثل الميراث فلم يثبت له الملك المُوصَى له مثل ما لا يثبت للوارث.

والمعنى في الموضعين واحد وهو ما قلنا.




قال: وليس كالمدبر إذا قتل سيده، لأن العتق غير متعلق بالموت بعينه في المدبر، ألا ترى أنه يتعلق به وبغيره بخلاف مسألتنا.

۞ **الجواب:**

أمّا الأول فقد سبق الكلام عليه في المسألة الأولى، وذكرنا أن الوصية عقد تمليك بعد الموت، وهو مثل الهبة في حال الحياة وتكلمنا على طريق الخلافة، وخرج الإرث لأنه ليس بعقد تمليكٍ يكون ركنه الرضا، وإنما هو ملك حكمي فيتبع فيه مورد الشرع، وأمّا هذا لما كان عقد تمليك اعتمد أهلية التمليك من الملك ومحلية الملك في المال.

والدليل على الفرق بين الإرث والوصية: أن الوصية للذمي جائزة والإرث لا يثبت مع اختلاف الدين بحالٍ.

ويدل عليه: أنه لا جواز لإرث القاتل، وفي الوصية قد قال المخالفون: إنه لو أوصى لقاتله وأجاز الورثة جاز، فإنْ طلبوا المعنى في منع القاتل الإرث امتنعنا بجهدنا والتمسنا منهم تحقيق الشَّبه بين الإرث والوصية، وإنْ وقعت الضرورة فالوجه ما ذكرنا من اعتبار شرط الموالاة وانقطاعها بالقتل كما ينقطع باختلاف الدين، وهذا لأن أهل دار الحرب مستعدون للمحاربة مع المسلمين بحكم الدين فانقطعت الموالاة بين الحربيين والذميين، والقاتل محارب حسًّا وحقيقةً فلأن تنقطع به الموالاة أولى.

وأمّا في أهل الذمة وجد سبب انقطاع الموالاة بصورة اختلاف الدين، وأمّا الوصية فلا يشترط في ثبوتها وجود الموالاة بدليل جوازها مع اختلاف الدين.

فإن قالوا: ههنا معنى أحسن من هذا وهو أنه بقتله استجعل ما أخره الله عنه فيعاقب بضده وهو الحرمان، وهذا المعنى في الوصية موجود.

قلنا: هذا لا يطرد، لأن النائم والمخطئ يحرمان الإرث ولم يوجد منهما استعجال، وعلى أصلهم إذا ابتدأ الوصية لجارحه لا يجوز ولم يوجد أيضًا استعجال.

وفي مسألة المدبر إذا قَتَلَ سيدَه قد وُجِدَ الاستعجال الذي قالوه ومع ذلك لا يعتق بالإجماع[1]، وعلى أنه قد تمكن إبراز معنىً آخر على الطريقة التي قالوها في [١٨٠/أ] الخلافة، ويكون ذلك المعنى مخيلًا في منع الإرث دون الوصية، وذلك المعنى هو: أن الوارث خليفة المورث شرعًا قائمًا مقامه كأنه هو، ولهذا كان يملك التركة ملك بناء لا ملك ابتداء بدليل أنه لا ينقطع حول الْمُورِّث بملكه، وبدليل أنه يرد بالعيب على بائع مُورِّثه، وإذا كان ملك بناء فتصير مالكية الميت كأنها مطردة مستمرة ويصير كأن الميت حي من هذا الوجه.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: القتل قاطع ملك المقتول مزيل إياه، وقد جعل الوارث كأنه هو الْمُورِّث، وإذا قَتَله فكأنه قتل نفسه، وقتل نفسه يزيل ملكه فقتله مُورِّثه مزيل أيضًا بناء ملكه على ملكه وقيام مقامه، أو يصير بقتله كأنه قتل نفسه، والهالك لا يرث فَمَنْ جُعِلَ من هذا كالهالك لم يرث أيضًا، وهذا لا يرد في الوصية، لأن ملك الْمُوصَى له ملك ابتداء، وليس بملكِ بناء، بدليل عكس ما ذكرنا.

---

(١) ينظر: المغني لابن قدامة: ١٤/٤٣٧.

وهذا كلام لا بأس به، والمعتمد ما سبق.

وأمّا الطريقة الثانية:

فليست بشيء، لأن القتل موت قطعًا وإن لم يكن الموت قتلًا وللإنسان أجل واحد يدرك يومه ويموت بأجله ويهلك بقدره.

وأمّا وجوب القصاص والقود.

فليس لأن القتل ليس بموتٍ، بل لأن الموت ليس بقتلٍ، وعلى أنه إن كان يجب على القاتل فيجب للمقتول، وكما لا يتصور أن يموت ويجب القصاص على غيره فلا يتصور أن يموت ويجب له شيء، بل إنما وجب بارتكابه محظور الشرع وجنايته على المحل بفعل غير جائزٍ له ذلك.

وعلى أن النقض بالمدبر متوجه.

وقولهم: «إن العتق غير متعلق بالموت بعينه».

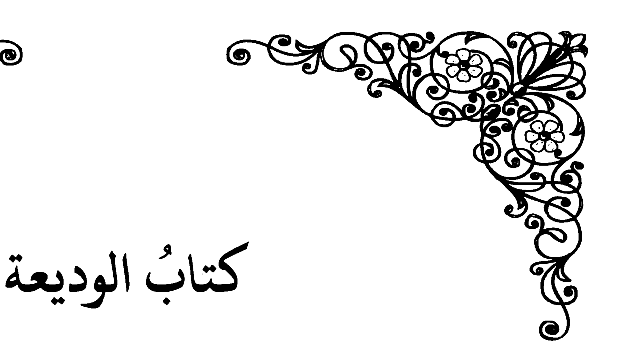
ليس كذلك، بل في هذا الموضع متعلق بالموت بعينه، ألا ترى أنه قال: «إنْ متُّ فأنت حُرّ بعد موتي».

وقولهم: «إنه يتعلق بغير الموت».

قلنا: بلى، ولكن لا يكون عندهم كالمتعلق بالموت على ما ذكروه في بيع المدبر.

والله تعالى أعلم بالصواب، وهو المهدِي إلى الرشاد.



كتابُ الوديعة

❋ (مَسْأَلة):

المُودع إذا خالف الوديعة ثم ترك الخلاف لم يبرأ من الضمان عندنا[1].

وعندهم: يبرأ[2].

والمسألة تحقيقها يرجع إلى أن عقد الوديعة، هل ارتفع بالخلاف أم لا؟.

عندنا: قد ارتفع.

وعندهم: لم يرتفع.

❋ **لنا:**

أن يد الوديعة قد زالت فارتفع عقد الوديعة كما لو ردّ الوديعة إلى مالكها أو استرد المالك، وهذا لأن قيام عقد الوديعة بيد الوديعة فإذا زالت يد الوديعة زال عقد الوديعة.

وإنما قلنا: «إن يد الوديعة قد زالت» وذلك لأن الشيء قد دخل في

---

(١) المهذب: ٤٧٦/١، النكت: ورقة ١٧٢/ب، الروضة: ٣٣٤/٦.

(٢) الأسرار: ١٧/١/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١١٤/١١، رؤوس المسائل: ٣٥٧، إيثار الإنصاف: ٢٦٢.

قال سبط ابن الجوزي في الإيثار: «وصورة المسألة إذا كانت الوديعة ثوبًا فلبسه أو دابة فركبها».
وتفسير العود إلى الوفاق: ترك اللبس والركوب، ومعاودة الحفظ للمالك.

ضمان المودع وهذا الضمان ضمان عدوانٍ، والعدوان عدوان يدٍ، ولا يتصور بقاء يد الوديعة مع وجود العدوان، ثم الدليل على أن يد الوديعة صارت يد عدوانٍ: أن الوديعة لو هلكت في حالة الركوب لا من الركوب أو في حال اللبس لا من اللبس يجب عليه الضمان، ولا سبب لهذا الضمان سوى يد العدوان، فإنْ منعوا هذه المسألة وقالوا: لا يجب. فيقال لهم: يقول صاحبكم[1]: «إنه برئ عن الضمان بترك الخلاف». ومن أيّ ضمان يبرأ؟.

إنْ قلتم من ضمانٍ يجب بالإتلاف من لبسٍ أو ركوبٍ فلا يبرأ من هذا بالإجماع، وإنْ قلتم من ضمانٍ يجب بتلفٍ يحصل لا بفعله فقد ثبت أن الشيء قد دخل في ضمانه وأن يد الوديعة زالت إلى يد التعدي وصار بمنزلة غاصبٍ.

ولأنهم قالوا: لو اختلف المودَع مع المالك فقال المودَع: ما خالفتُ في الوديعة وادّعى المالك الخلاف فالقول قول المودَع، لأنه أنكر الضمان.

ولو أقر المودَع بالخلاف ثم قال: قد تركتُ الخلاف فالقول قول المالك أنه لم يترك، لأنه يدّعي البراءة عن الضمان بعدما أقر به فلا يُصدق، ولو لم يكن الخلاف سببًا للضمان بنفسه لما صار مقرًّا بالضمان بإقراره بالخلاف، ولكان بدعواه ترك الخلاف منكرًا أصل الضمان فيكون القول قوله.

وقال أيضًا في المودَع إذا باع الوديعة فهلك عند المشتري ثم جاء المالك وضمن المودَع فإن البيع ينفذ ولو لم يصر ضامنًا بالخلاف [١٨٠/ب] بإقدامه على البيع لما مَلَكه لأن الملك يستند إلى وقت وجوب الضمان ثم

(١) يقصد أبا حنيفة. ينظر: رؤوس المسائل: ص ٣٥٧.

ينفد البيع فعلمنا بجواز البيع على أصولهم أنه بالخلاف قد دخل الشيء في ضمانه فصار بمنزلة غاصبٍ، ولأن يد الوديعة يد بلا خلافٍ؛ فاليد مع الخلاف لا تكون يد الوديعة، وإذا ذهبت يد الوديعة لابد من أن تكون اليد التي تخلفها يد عدوانٍ، ويد العدوان على الشيء يُوجب دخول الشيء في ضمانه.

فثبت أن يد الوديعة قد زالت، ثم الدليل على أن الوديعة إذا زالت زال عقد الوديعة أن قيام عقد الوديعة بعد تسليم الوديعة يد الوديعة؛ بدليل أنه لو ردّها إلى مالكها ارتفع عقد الوديعة، وليس له أن يستردها ثانيًا على العقد الأول، ولأنه لو بقي لبقي لإعادة اليد، ولا يجوز أن يبقى لإعادته اليد في الوديعة، لأن إثبات اليد إنما يملكه المودَع في الابتداء بحكم أمر المالك وقد امتثل الأمر وأثبتها، والإثبات ثانيًا يحتاج إلى أمرٍ جديدٍ، وهذا لأن الأمر بالشيء لا يقتضيه إلّا مرة واحدة فقد حصل امتثال المأمور به ففعله ثانيًا لا يملك إلّا بأمر جديدٍ مثل الأول.

والحرف: أنه لَيْسَ من العقد الأول دليل على الأخذ الثاني فامتنع، وإذا امتنع فقد حصل فوات يد الوديعة التي كانت قائمة، وحصل اليأس من مثلها بقضيّة ذلك العقد، اللهم إلّا أن يوجد أمر جديد، فتحقق فوات المعقود عليه في العقد الأول، فبطل العقد قطعًا مثل المعقود عليه يفوت في سائر العقود بفوات العقد، كذلك ههنا.

وإذا تحقق ارتفاع العقد فبتركِ الخلاف لا يعود العقد فلا يعود حكمه.

ونقول أيضًا في تقرير ما بيّنا: إن الضمان واجب بالخلاف، والخلاف الذي وجب به الضمان لم يرتفع، وإذا لم يرتفع سبب الضمان لم يبرأ عن الضمان.




وإنما قلنا ذلك، لأنه بترك اللبس والركوب تارك للخلاف في المستقبل من الزمان، فأمّا الذي مضى من الخلاف فلا يتصور تركه، بل قد استقر استقرارًا لا يقبل الزوال ولا براء عن حكمه إلّا بالقيام بحقه من الأداء أو إبراء صاحب الحق إياه.

وأمّا إذا ردّ إلى المالك فذاك قيام بحق الضمان، وكذلك في المغصوب إذا ردّه الغاصب إلى مالكه.

وأمّا في مسألتنا فقد وجب الضمان ولا قيام بحقه، لأن ترك الخلاف في المستقبل لا يكون قيامًا بحق ضمانٍ وجب بخلافٍ في الماضي.

وهذا كلام معتمد، وسنبين وجه كلامهم عليه، ونعتمد في التعلق بالأحكام على فصل الجحود.

وحرف التعلق به: أن ارتفاع العقد به لزوال يد الوديعة بالجحد فلم يَعُدْ بالاعتراف، وكذلك إذا استعار دابة إلى مكان معلومٍ فجاوز بها ذلك المكان دخلت في ضمانه ولا يسقط بالعود إلى ذلك المكان.

وحرف الإشكال عليهم في هذا: أن عقد العارية وإن انتهى استعمالًا ببلوغه ذلك المكان، ولكن يد الأمانة باقية قائمة إلى أن يرد، ولهذا لو هلكت لا ضمان عليه، ومع ذلك بإعادة الدابة إلى ذلك المكان المسمى لم يبرأ عن الضمان، وإن كان قد أعادها إلى يد أمانة له في الدابة مثل مسألتنا سواء فهو هو المعتمد من الأحكام.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: بعد ترك الخلاف مودع موافق فلم يجب الضمان عليه بهلاك

الوديعة في يده.

دليله: ما قبل الخلاف، أمّا الموافقة معلومة، وأمّا البيان لقولنا: «مودع» لأن عقد الوديعة لم يرتفع بالخلاف.

والدليل عليه الحكم والحقيقة:

أمّا الحكم: فلأنه عقد من العقود فلا يرتفع بالخلاف من حيث الفعل.

دليله: الإيمان فإنه لا يرتفع فعلًا وذلك بترك الصلاة أو الصوم أو غير ذلك.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن فوات الصلاة لا يتحقق، لأنه يقضي بعد الوقت، فإن الفوات قد تحقق، وإنما القضاء فرض ثانٍ(١) بأمرٍ جديدٍ.

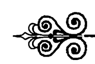
قالوا: ولا يجوز أن يفرق فيقال: إن عقد الإسلام عقد لازم بخلاف الوديعة، لأنه وإن كان لازمًا لكنه يحتمل الارتفاع عقدًا في حقه مع قيام لزوم الأمر. ألا ترى أنه لو جحد الصلاة ارتفع الإسلام عقدًا في حقه مع وجود اللزوم.

قالوا: ويدل على ما قلنا الاستحفاظ إذا كان بأجرة، فإنه لا يرتفع بالخلاف من جهة الفعل حتى لو استأجر أحدًا ليحفظ متاعه شهرًا فخالف في بعض الشهر ووافق في الباقي يكون العقد قائمًا، وتجب له الأجرة(٢). وإن فرقتم باللزوم، فالاعتراض عليه ما سبق.

---

(١) في المخطوط: ثاني.

(٢) ينظر: الأسرار: ١/١٧٧/ (مراد ملا).

قالوا: ويدل عليه أيضًا: الأمر بالبيع، فإنه لا يرتفع بالخلاف من حيث الفعل حتى لو أمره أن يبيع بألفٍ فباع بخمسمائة بقي الأمر، ولو باع بعده بألفٍ يجوز.

وأمّا الحقيقة: فلأن الوديعة أمر [١٨١/أ] بالحفظ، والخلاف لا يلاقي الأمر حتى يرفعه، وإنما يلاقي المأمور، وإذا لم يلاق الأمر بقي على ما كان، وإذا بقي الأمر بقي العقد، لأن حقيقته ليس إلّا الأمر.

يدل عليه: أن العقد إنما يرتفع بما وُضِعَ لرفعه أو المنافي له.

ونحن نعلم أن الخلاف لم يوضع لرفع الأمر، بل الذي يرفع الأمر هو ردّه، وليس في الخلاف صريح ردّ ولا دليل ردٍّ.

أمّا الصريح معلوم.

وأمّا الدليل فلأنه لو صار دليلًا لكان دليلًا من حيث العادة ولا يعتاد أن يأمر غيره بالحفظ فيقول: «احفظ فإذا خالفت عزلتُك» إنما المعتاد أن يقول: «احفظ فإذا خالفت فاترك الخلاف وعُد إلى الحفظ، فإذا لم يُفهم في المعتاد إلّا في هذا لم يكن الخلاف دليلًا على ردّ الأمر بحالٍ، نعم إذا خالف فأراد أن يعزله يجيء ويسترد، وعندنا إذا جاء واسترد ارتفع العقد.

فثبت بما قلناه إنه دليل ولا صريح في الرد.

قالوا: وأمّا المنافاة فلم توجد في مسألتنا، لأن الخلاف لا ينافي وجود الأمر، ألا ترى أن في الابتداء لو أودع من غاصبٍ يجوز حتى لو نزع من الخلاف وحفظ يكون الإيداع صحيحًا مثل ما لو سلّم من يده إلى يده.

والمعتمد لهم من حيث التحقيق: أن عقد الوديعة عقد استحفاظٍ على العموم من غير تخصيصٍ بزمانٍ دون زمان، ألا ترى أنه لو حفظه سنين يكون حافظًا على العقد الأول، والحفظ على مقتضى العقد وإن فات في الحال بالخلاف فلا يوجب رفع أصل العقد، لأن ارتفاع العقد إنما يكون بفوات كلّ المعقود عليه، والحفظ على ما يتناولها العقد وإن فات في اليوم فلم يفتْ في الغد، لأنه يجوز أن يحفظ في الغد على موافقة الأمر، ألا ترى في الاستحفاظ بالأجر إذا خالف في بعض الشهر، وحكم بفوات المعقود عليه في هذا البعض لم يحكم بفوات المعقود عليه في الباقي حتى إذا حفظ في الباقي على قضية العقد استحق الأجر، والفوات شيء حسّي لا يختلف بالعقد الجائز واللازم بل يكون في الكل على وجهٍ واحد.

قالوا: والكلام في نفسه محقق قطعي لا يحتاج إلى مثال، وإذا لم يتحقق الفوات لجميع ما تناوله العقد بقي العقد للحفظ المتوقع في العقد.

والحرف: أن العقد إذا أمكن تبقيته لا يحكم بزواله وارتفاعه إلّا أن يعترض أمر شرعي وُضِعَ لرفعه شرعًا فيرفعه وقد أمكن الحكم ببقاء العقد في مسألتنا بحفظٍ يوجد منه في الغد فصار كما لو أمكن لحفظٍ يوجد منه في اليوم، وهذا لأن اليوم والغد في العقد واحد، والحفظ في الزمانين حفظ واحد فبقاؤه لأمرٍ في الغد كبقائه لأمرٍ في اليوم.

والدليل على أن الحكم ببقائه جائز لحفظٍ في المستقبل أنه يجوز أن ينعقد في الابتداء لحفظٍ في المستقبل وهو أن يودع منه شيئًا وهو في يد المالك، فإنه يكون العقد منعقداً حتى لو أخذه المودَع وحفظه على ذلك العقد



يكون جائزًا.

قالوا: وليس كما لو ردّ الوديعة إلى يد المودع، لأن العقد إنما يرتفع لعجزه عن إعادة حفظه، وذلك لأن يده زالت إلى المالك، ولا يمكنه إعادة يده إلّا بإزالة يد المالك وليس له إزالة يد المالك، فيكون عاجزًا عن إزالة يده وإذا عجز عن الإزالة عجز عن الإعادة فبطل لهذا، وفي مسألتنا لَا عَجْزَ عن ترك الخلاف وعود يد الوديعة بمجرد ترك الخلاف، وهو قادر عليه فبقي العقد لأجله.

هذا حرفهم في المسألة ومعوّلهم، وهو كلام بالغ في غاية الحسن.

قالوا: وأمّا الذي قال أصحابكم: «إنه معير يده للحفظ وبالخلاف مسترد يده».

فليس بشيء، لأن مثل هذا لا يتصوّر تحقيقه في الأيدي، ولأنه وإن استرد يده فإنما يصير مستردًا في اليوم الذي وجد فيه الخلاف، فأمّا في غير يوم الخلاف فلا، لأن الاسترداد بالخلاف فيقتصر على زمان الخلاف.

قالوا: وقولكم: «إنه معير يده بعد زوالها».

قال: هذا صحيح مملوك له إذا أبقى العقد كما في الابتداء يثبت لوجود العقد.

قالوا: وأمّا الذي قال مشايخكم: إن عقد الوديعة معقود على الأمانة، والخيانة ضد الأمانة.

قال: بلى، هو ضد الأمانة في زمان الخيانة، وأمّا في غير زمانها فلا،

ولأنه لا ضدية بين الخيانة والعقد فبقي العقد وإن ذهبت الأمانة في الحال.

قالوا: وقولكم: «إنه دخل في ضمانه».

نُسلّمه لوجود العدوان إلّا أن أصل العقد قائم لما بيّنا، وليس بين بقاء العقد ووجوب ضمان العين عليه بالخلاف تضادّ وتنافٍ[1]، والأحكام مبنية على دلائلها، فإذا قام الدليل على بقاء العقد وقام الدليل على دخوله في ضمانه حكمنا ببقائه وحكمنا بوجوب ضمانه، ثم إذا حفظ على ما يقتضيه العقد أزلنا الضمان [١٨١/ب] لارتفاع سببه وحكمنا للعود حكم الأمانة.

قالوا: وقولكم: «إن سبب الضمان لم يرتفع».

قال: بلى، ولكن قد قام بحق الضمان وهو إعادة الوديعة إلى يد مَنْ تقوم يده مقام يده، وهذا لأن العقد لما بقي في الغد ويدُ المودَع يدُ المودِع، فإذا ترك الخلاف في الغد فكأنه أوصل العين إلى نائب المالك في الحفظ.

قالوا: وأمّا فصل الجحود.

فعندنا: لا يرتفع عقد الوديعة بالجحود إلّا أن يكون الجحود بعد طلب المودع، وبالطلب قد عزله عن الحفظ.

وعلى أنا إنْ سلّمنا أن الجحود من غير طلب يرفع الأمر، فلأنه يلاقي الأمر بالرد، لأنه بجحوده منكر الحفظ من قبله أو ينكر أمره إياه بالحفظ، فإن أمره إياه بالحفظ مع ما يدعيه أنه له باطل.

---

(١) في المخطوط: تنافي.




وأمّا في مسألتنا فإن الخلاف من حيث الفعل، وقد بيّنا أنه لا يلاقي الأمر إنما يلاقي المأمور.

قالوا: ولهذا ارتفع الإسلام بجحود الصلاة ولم يرتفع بتركها.

قالوا: وأمّا مسألة العارية فالمسلّم منها:

إذا استعارها ذاهبًا لا خائنًا، وإذا كان كذلك فقد انتهى العقد نهايته حيث وَصَلَ إلى ذلك المكان فبعد ذلك لم يرد الدابة إلى عقدٍ قائمٍ.

والحرف: أن هناك لَا زَمَانَ للعقد في المستقبل، وفي مسألتنا قد وجد زمان العقد في المستقبل، وقد حفظ في ذلك الزمان على قضية الأمر وظهر حكمه من الأمانة وارتفاع الضمان.

قالوا: وقولكم: «إن يد الأمانة تبقى بعد انتهاء العقد».

ليس كذلك، لأن العقد غير معقود على اليد أصلًا ولا أقول إنه بقي للمستعير يد أمانة، وإنما لم يجب الضمان لانتفاء الأسباب الموجبة للضمان فإذا تعدى فقد وجد سبب الضمان فوجب عليه ولا يبرأ عنه إلّا بما يُبرئ عن سائر الضمانات الواجبة بالعدوانات والغصوب.

۞ **الجواب**:

أمّا قولهم: «مودع».

ممنوع، لأن الوديعة مرتفعة.

وأمّا قولهم: «إن الخلاف من حيث الفعل لا يرفع العقد».

قلنا: قد بيّنا أن بصورة الخلاف لم يرتفع، إنما ارتفع بفوات يد الوديعة على وجهٍ لا يمكن إعادته.

وقد قال أصحابنا:

إن المعقود عليه حفظ دائم بأخذٍ واحدٍ فإذا فات يد الوديعة وسلّم الخصوم ذلك فلو عادت اليد عادت بأخذٍ جديدٍ، ومعنى «الأخذ الجديد»: إثبات يده ابتداءً بعد زوالها.

وقد ألزم بعضهم إذا سقطت الوديعة من يد المودع يجوز له أخذها ثانيًا، وهذا أخذ بعد أخذ.

وكذلك إذا غصب الوديعة غاصب فاستردها منه يجوز، وهو أخذ بعد أخذ.

وليس هذا بشيء، لأن اليد الأولى مستمرة بدليل استمرار حكمها من عدم الضمان.

فأمّا ههنا فقد تبدل الحكم بدليل وجوب الضمان فيتحقق إثبات يد بعد إثبات يد، والوديعة لا يطلق إلّا إثبات اليد مرة واحدة بدليل ما لو أعاد الوديعة إلى يد المالك.

وأمّا قولهم: «إنه عاجز عن الأخذ».

قلنا: وَلِمَ؟ بل ينبغي أن يجوز له الأخذ ثانيًا على العقد الأول.

وقولهم: «إن يد المالك ثبتت فلا يملك إزالتها».

قلنا: وجب أن يملك ويحكم ببقاء الوديعة فيملك على ذلك.

والمعتمد ما سبق من قولنا: «إن الأمر لا يقتضي الفعل مرة بعد مرة وقد تقرر شرحه بما فيه غُنية».

وقد قال بعض مشايخهم: «إن الحفظ قائم، لأنه مع الخلاف مباشر للحفظ فلم يفت المعقود عليه».

وهذا في نهاية الفساد، لأن المعقود عليه هو الحفظ على جهةٍ مخصوصةٍ، وهو الحفظ على وجهٍ يأمن المالك معه على ماله وهذا حفظ مخوف.

ويمكن أن يقال: إن المعقود عليه هو الحفظ مع ترك الاستعمال والحفظ مع الاستعمال لا يكون معقودًا عليه بحالٍ.

وأمّا تعلقهم بفصل الإيمان.

فتعلق ضعيف، لأن المعقود عليه في الإيمان هو القبول بدليل تمامه من غير اتصال الفعل به، والخلاف من حيث الترك غير قادح في القبول.

وأمّا ههنا المعقود عليه هو الحفظ بدليل أنه لا يحكم بتمام الوديعة ما لم يتصل بها الحفظ، وقد فات الحفظ على ما سبق بيانه.

وأيضًا فإن الترك في الصلاة لا يتحقق بمجرد التأخير، لأن التلافي ممكن بالقضاء، وإذا قضى الصلاة في الغد يكون فعل الصلاة في اليوم، ولهذا المعنى لابد له من نية القضاء.

وأمّا في مسألتنا فقد تحقق ترك الحفظ في اليوم، لأنه وإن حفظ في الغد فلا يكون ذلك هو الحفظ الثابت في اليوم فلم يتصور التلافي فيتحقق

فوات المعقود عليه في اليوم، وفيه فوات يد الوديعة على ما سبق، وفي فوات يد الوديعة فوات يد الوديعة على ما ذكرنا.

وأمّا مسألة الحفظ بالأجر، فهو عقد لازم، وذلك يتناول أخذًا بعد أخذٍ، بدليل أنه لو أعاد الشيء إلى يد المالك، له أن يأخذ الشيء ثانيًا ليحفظه بخلاف مسألتنا على ما سبق.

وأمّا مسألة التوكيل بالبيع.

فالجواب ظاهر، لأن الخلاف لا يفوت المعقود [١٨٢/أ] عليه لأن العقد يتناول بيعًا واحدًا[١] بالثمن المذكور في زمان من الأزمنة، ولوجود البيع على خلاف المأمور لا يفوت البيع المأمور، لأنه في أيّ وقتٍ يفعل البيع فهو موجود في وقته بصفته، فلا فوت أصلًا.

وأمّا مسألة الجحود فلازم، ونعيّن في صورة وهي: أنه لو قال: ما حال وديعتي؟ فقال: ليس لك عندي وديعة.

والمنع في هذه الصورة محال، لأن الوديعة عقد جائز يرتفع بفعل أحد المتعاقدين فيكون من شرط بقائه اتفاقهما عليه، ألا ترى أن البيع لما كان يرتفع بفعل المتعاقدين جميعًا فلو جَحَدَا جميعًا قضوا بأنه يرتفع العقد، فصار جحدهما جميعًا في البيع كجحد أحدهما في مسألتنا، كما يكون اتفاقهما على الفسخ في البيع بمنزلة فسخ أحدهما.

والمعنى ظاهر.

---

(١) في المخطوط: واحد.

وأمّا مسألة العارية.

ففي نهاية الإلزام، لأن العقد وإن انتفى ببلوغه ذلك المكان فيد الأمانة باقية على العارية على أصلهم.

وقولهم: «إن اليد ليست يد أمانة».

قلنا: فالأيدي محصورة في الشرع فإذا لم تكن اليد يد أمانة، فينبغي أن تكون اليد يد ضمانٍ أو يد ملكٍ، أو يد وثيقةٍ ولا يتصور يد بلا صفةٍ.

وقولهم: «إنه لم يعقد على الحفظ».

قلنا: بهذا لا يندفع الإلزام، فإنهم قالوا: لو هبت الريح إلى ثوبٍ فألقته في حجر إنسان ثم تعدّى في الثوب باللبس ثم ترك اللبس يعود أمانة وإن لم يوجد عقد، فبطل ما قالوه. والله أعلم.

※ (مَسْألَة):

إذا أودع عند صبي محجورٍ عليه أو عبدٍ محجور اليد بالغ فأيّهما استهلك الوديعة فعليه ضمانها[1]، وهذا قول أبي يوسف[2].

وعند أبي حنيفة ومحمد[3]: لا ضمان على الصبي أصلًا، وعلى العبد ضمانها بعد العتق، ولا يؤخذ به قبل العتق[4].

---

(١) المهذب: ٤٧٢/١، النكت: ورقة ١٧٢/ب، الروضة: ٣٦٩/٦.
(٢) الأسرار: ١٧٨/١/ب (مراد ملا).
(٣) المبسوط: ١١٨/١١، البدائع: ٣٨٨١/٨، إيثار الإنصاف: ٢٦٥.
(٤) الأسرار: ١٧٨/١/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١١٨/١١، البدائع: ٣٨٨١/٨، رؤوس=

❁ **لنا:**

أن الواجب ضمان استهلاك فيؤاخذ به الصبي والعبد في الحال.

دليله: ما قبل الإيداع.

ودليل أنه ضمان استهلاك أنه واجب به بدليل أنه لو وجد قبل الإيداع وجب الضمان بخلاف ضمان التضييع، وصورته:

لو رأى إنسانًا يسرق الوديعة فترك حتى سرق الوديعة حيث لا يجب الضمان على الصبي، لأنه ضمان عقد الوديعة بحكم التزام الحفظ، بدليل أنه لا يجب به ضمان قبل الإيداع حتى لو رأى مال الغير يستهلكه الغير فسكت حتى فعله لم يجب عليه شيء، وإذا كان ضمان عقد لم يجب على الصبي، لأنه لا عقد معه.

وحرف المسألة: إن الصبيان يؤاخذون بضمان الأفعال، والواجب ضمان الفعل فيؤاخذ به.

يدل عليه: أن عقد الوديعة لا يطلق الاستهلاك فصارت في الواجب به كالمعدوم، ولو قدرنا عدمها وجب الضمان بلا خلاف، كذلك في مسألتنا.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن عقد الوديعة لا يخلو: إما أن يكون صحيحًا أو فاسدًا، فإن كان صحيحًا فيلتحق الصبي بالبالغ وإن كان فاسدًا فيلتحق ما بعد الإيداع بما قبل الإيداع، فأمّا إسقاط الضمان فلا وجه له.

= المسائل: ٣٥٨، إيثار الإنصاف: ٢٦٥.




۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: هو بإيداع الشيء عند الصبي صار مُسلِّطًا إياه على الاستهلاك فلا يجب له به الضمان.

دليله: إذا سلّط صريحًا، وكما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان حتى أكله فإنه لا ضمان عليه، كذلك ههنا.

أمّا دليل الوصف: فمشايخهم رجعوا في الدليل عليه إلى عادة الصبيان بإفساد ما يقع في أيديهم من إفساد المطعوم وإراقة المشروب وتخريق الملبوس وقتل العصافير وما يشبه ذلك، فصار الرجل بوضع الشيء في يده مع علمه بعادته مُسَلِّطًا إياه على الإتلاف، كمنْ قدّم الشحم بين يدي هرة أو الشعير بين يدي دابة.

قالوا: وهذا يوجد في غير القتل، فأمّا في القتل وإراقة الدماء فالصبيان يفزعون من ذلك ويهربون منه فلا توجد فيه العادة التي ذكرناها.

وأمّا أبو زيد[١] فإنه قال من وجه آخر في الدليل على وجود التسليط قال: لما أودعه المالَ فقد أثبت له اليد على المال، فيكون اليد الثابتة للمودَع على المال مضافة إلى إثبات المالك، كالملك الذي يثبت له بالبيع والهبة يكون مضافًا إلى إثباته، وقد كان المالك بقيام يده على المال متمكن من إتلافه، فإذا أودع من الغير فقد أثبت له اليد التي كان يتمكن بها من إتلافه فصار مُمكِّنًا من إتلافه.

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٧٩/أ (مراد ملا).

وإنما عنينا «بالتسليط» تمكينه إياه من الإتلاف وَمَنْ مكّن غيره من إتلاف ماله يصير راضيًا بإتلافه، وَمَنْ رضي بإتلاف ماله سَقَطَ حقُّه من الضمان، لأن الضمان يجب لجبر حقه فإذا رضي بالإتلاف لم يستحق جبر حقه، وصار كما لو قدّم طعامًا بين يدي إنسانٍ حتى أكله.

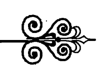
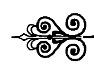
يبينه: أنه لا معنى لسقوط [١٨٢/ب] الضمان في هذه الصورة سوى تمكينه إياه من إتلافه، وهذا المعنى قد وُجِدَ في مسألتنا فسقط به الضمان.

واستدلوا في أن التمكين رضًى: بالحُرّة العاقلة البالغة إذا مكّنت رجلًا من نفسها حتى وطئها، تجعل راضية بدليل سقوط المهر عندكم.

قالوا: وليس يلزم البالغ على ما قلنا، لأنا نقول في البالغ أيضًا: إنه بتسليمه إليه ممكّن إياه من الإتلاف لكن يوجب الحفظ عليه شرعًا مع تمكّنه من إتلافه بقبول عقد الوديعة والتزامه حفظه وهو بالغ عاقل مطلق للتصرف فإذا التزم حفظ الوديعة صح التزامه وصار محجورًا عن الإتلاف شرعًا بوجوب الحفظ عليه، لأنه لا يتصور لزوم الحفظ مع إطلاق الإتلاف.

وأمّا الصبي فلم يلزمه الحفظ شرعًا لكونه محجورًا عليه فبقي إثبات اليد عاملًا عمله في إثبات ملك الإتلاف.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الإيداع لو كان تسليطًا على الإتلاف لكان من حيث الدلالة، وقد صرّح بالأمر بالحفظ ولا حكم للدلالة مع الصريح، وذلك لأن التمكين من الإتلاف حكم ثبوت اليد الحقيقية، كما أن ملك التصرفات الشرعية حكم ثبوت الملك الشرعي، وكما أن المثبت لملك الرقبة

يصير مثبتًا لملك المنفعة وملك المتعة وملك سائر التصرفات بواسطة إثبات ملك الرقبة حكمًا له، وكذلك المثبت لليد الحقيقية يصير مثبتًا لملك الإتلاف بواسطة إثبات اليد الحقيقية حكمًا لها، وإذا كان كذلك فالمباشر للعلة يكون مثبتًا حكم العلة قصدًا لا بطريق الدلالة والضرورة فسقط بهذا الوجه قولكم: «إنه ثبت دلالة».

قالوا: وليس يلزم إذا كانت الوديعة عبدًا فقتله، لأن هناك قد جعلناه أيضًا ممكّنًا إياه من القتل وجعلناه راضيًا إلّا أن الرضا في ضمان الدم لا يعمل، كما لو رضي أن يقتله إنسان تجب الدية للورثة بخلاف الرضا في ضمان المال فإنه عامل في إسقاطه، وليس كما قال لغيره «اقتلْ عبدي» فإن في هذه الصورة ما سقط الضمان بالرضا ولكن إنما لم يجب، لأنه لا فائدة في وجوبه، لأنه استعمله في قتل عبده فلو ضمن لرجع عليه فلا تكون فيه فائدة.

وفي مسألتنا وجد التمكين من الإتلاف، فأمّا الاستعمال فلم يوجد، والرجوع بالضمان إنما يثبت بحكم الاستعمال لا بنفس التمكين، كما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فأكله ثم ظَهَرَ مستحق واستحقه وضمنه فإنه لا يرجع بالضمان على المقدّم لوجود مجرد التمكين من غير استعمال.

۞ **الجواب:**

إن دعوى التسليط على الإتلاف، دعوى باطلة، بل هو مودع إياه غير أن الإيداع من الصبي باطل مثل سائر العقود المعقودة معه.

وأمّا دليل مشايخهم بالرجوع إلى العادات، ففي نهاية الضعف، لأن

الخلاف في الصبي الذي يعقل الإيداع ويعقل معناه، ومَنْ عَقَلَ الإيداع وعَقَلَ معناه لا يكون الإيداع منه تسليطًا إياه على الإهلاك.

وقد قالوا: أودع من مثل هذا الصبي وبلغ يكون الإيداع السابق منه صحيحًا حتى لو أتلفه وجب عليه الضمان، ولو كان الإيداع تسليطًا منه إياه على الإتلاف على ما زعموا لم ينقلبْ إيداعًا صحيحًا بالبلوغ، وأيضًا لو أودع الشيء عند الصبي فأتلفه ثم جاء مستحق واستحقه وضمنه لم يرجع بالضمان على المودع ولو كان الإيداع منه تسليطًا على ما زعموا لرجع عليه بالضمان كما لو سلّط صريحًا، وهم زيّفوا هذه الطريقة بهذين الكلامين، واعتمدوا على طريقة التمكين، وخرجوا هذه المسألة عليها، وقالوا: إنما ادّعينا التمكين والتمكين يُجعل كالتسليط في سقوط الضمان ولا يُجعل كالتسليط في الرجوع بالضمان، بدليل ما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فإنه يُجعل تسليطًا في سقوط الضمان ولو ظهر مستحق وضمنه لا يرجع على المقدّم للطعام إلّا أنه يقال لهم: في مسألة تقديم الطعام وإن صرّح بالأمر بالأكل لا يرجع أيضًا، وههنا لو صرح بالأمر بالقتل فإنه يرجع.

وقالوا: على هذا إن الرجوع عندنا بحكم الاستعمال، وفي مسألة الطعام لا استعمال سواء صرّح بالأمر بالأكل أو لم يصرّح لأن أكل الإنسان أبدًا يكون لنفسه، ولا يتصوّر أن يكون فيه عاملًا لغيره، بخلاف الإتلاف فإنه يتصوّر أن يكون الإنسان فيه عاملًا لغيره، فإذا صرّح بالأمر بالإتلاف يكون عاملًا لغيره فثبت له الرجوع، وإذا لم يصرّح ولكن وجد التمكين المجرد فيكون راضيًا بالإتلاف فسقط به الضمان الواجب له ولكن لا يصير عاملًا [١٨٣/أ] لغيره حتى يرجع بالعهدة عليه إذا لحقه الضمان هذا تخريجهم هذه




المسألة على الطريقة الثانية.

وأمّا الطريقة الأولى فقد تكلمنا عليها.

وأمّا هذه الطريقة، فهي فاسدة أيضًا.

ووجه فسادها: أنه لو دفع ماله إلى بالغٍ من غير ذكر إيداعٍ أو وَضَعَ بين يديه بحيث يتمكن من إتلافه فأتلفه، لا خلاف أنه يجب عليه الضمان، وقد وُجِد التمكن الذي ذكروه في هذه الصورة، وكذلك لو سيّب دابته في الصحراء فأتلفها إنسان يجب الضمان، وقد وجد تمكين الناس من إتلافها.

ثم يقال لهم: إن المالك إنما يملك الإتلاف بملكه لا بيده، كما يملك سائر التصرفات بملكه لا بيده، وهو لم يثبت الملك له حتى يصير مثبتًا له ملك الإتلاف.

قالوا: إنما نعني بما قلنا أنه يملك الإتلاف حسًّا بيده لا شرعًا.

قلنا: لا اعتبار بالملك حسًّا مع المنع شرعًا.

والحرف: أنه لما كان الملك شرعًا بالملك، والإيداع لم يثبت الملك له فلم يعتبر اقتداره عليه من حيث المحسوس ولا يصير إثباته القدرة عليه محسوسًا عاملًا في إسقاط ضمانٍ يجب له شرعًا، وهذا كَمَنْ أودع منه عبدًا فقتله فإنه يجب عليه الضمان، والتمكين باليد المحسوسة قد وُجِدَ، ومع ذلك لم يُجعل ذلك رضًى بسقوط الضمان لما بينا.

وقولهم: «إن الرضا لا عمل له في الدماء».

قلنا: ليس كذلك، بل هو عامل بدليل ما لو صرّح بالأمر بالقتل، وقد

أجبنا عن عذرهم.

جواب آخر:

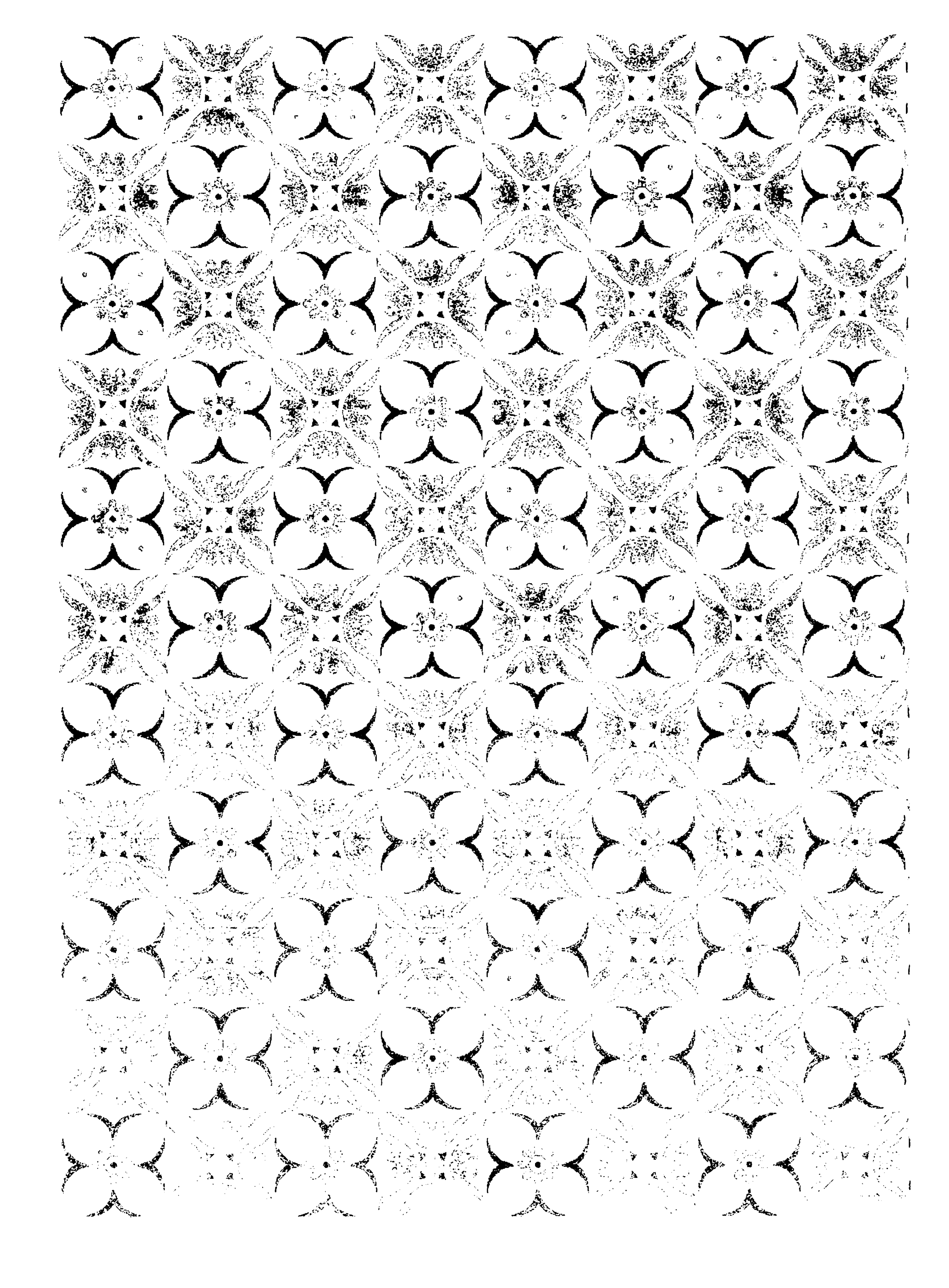
وهو أن الوديعة ليست بإثبات يد للمودع في المال، إنما هو إقامة يده مقام يده في الحفظ فصار الإيداع في الحقيقة إثباتًا من المودع يدًا أخرى لنفسه في حفظ المال أو إثبات يد ثانية عن يده في الحفظ.

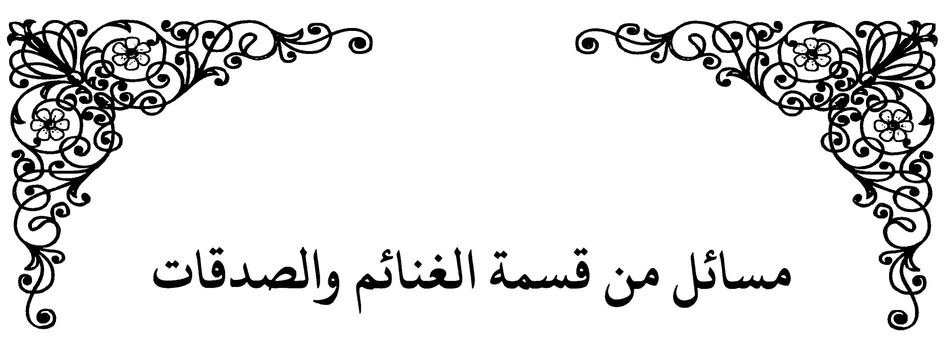
فأمّا أن يقال أنها إثبات يد المودع على المال حقيقة فلا، فإن رجعوا إلى ما قالوا: إن المعنى من قولنا: «إثبات اليد المحسوسة وبها يتمكن من الإتلاف فقد أجبنا عنه».

ويقال لهم: إثبات محسوس يقابله الاستحفاظ المحسوس فإن المالك قد قال للصبي: «أودعتُك هذا الشيء لتحفظه» فإن اعتبرتم إثبات التمكين حسًّا بإثبات اليد المحسوسة فاعتبروا الاستحفاظ المحسوسة بنفي التمكين، وإن رجعتم إلى المشروع في الاستحفاظ وقلتم: إن الاستحفاظ غير صحيح مع الصبي فارجعوا في التمكين إلى المشروع، ونحن نعلم أنه يملك الإتلاف شرعًا في الموضع الذي يملكه بحكم ملكه لا بحكم تمكنه منه بيده، وإذا اعتبر الشرع لم يوجد بالإيداع التمكين من الإتلاف ولا الرضا.

والله تعالى أعلم بالصواب.







مسائل من قسمة الغنائم والصدقات

❋ (مَسْأَلَة):

يستحق سلب المقتول بالقتل على شرائط مذهبية[1].

وعندهم: لا يستحق بالقتل سلب القتيل، قالوا: ولو نُفّل استحق بالتنفيل[2].

❋ لنا:

الأخبار الثابتة في الباب، والروايات كثيرة وأحسنها حديث أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه قال: (مَنْ قتل قتيلًا وعليه سلبه فله سلبه)[3].

---

(١) الأم: ٤/٦٧، مختصر المزني مع الحاوي: ٨/٣٩٣، المهذب: ٢/٣٠٤، النكت: ٢٨٨/ب، الحاوي: ٨/٣٩٣.
معالم السنن: ٣/١٦٠، شرح النووي على مسلم: ١٢/٥٨، ٥٩.
قال الخطابي في المعالم: «قال الشافعي: «إنما يكون السلب للقاتل إذا قَتَلَ والحرب قائمة والمشرك مُقبل غير مدبر، لأنه عطية أعطاها إياه لا بلائه في الحرب، فأما مَنْ أجهز على جريح فلا معنى تخصيصه بالعطاء من غير إبلاء كان منه، وسواء عنده بارز أو لم يبارز نادي الإمام به أو لم يناد».

(٢) مختصر الطحاوي: ٢٨٤، الأسرار: ١/١٤٤/ب (مراد ملا)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٧٨٠، شرح معاني الآثار: ٣/٢٣١.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ١٢/٥٩ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب القتيل.
والبخاري في صحيحه: ٦/٢٤٧ مع الفتح، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب.
وأبو داود في سننه: ٣/١٦١ مع المعالم، باب في السلب يعطي القاتل. =

وفي رواية: (أيما مسلم قتل كافرًا فله سلبه)[1].

وفي الرواية الأولى قصة ذكرناها في التعليق، وذكرها أبو داود في السنن.

ولا يجوز أن يحمل على التنفيل، لأن في حديث أبي قتادة أن النبي - عليه السلام - قال ذلك بعد تقضّي القتال، والتنفيل بعد تقضي القتال باطل، ولأن الظاهر من قول صاحب الشرع أنه يكون نصب شرع وأنه مسترسل على الأزمان كلها، ويعم حكمه جميع الناس، والحمل على التنفيل شرع التنفيل لا شرع السلب للقاتل، والخبر يقتضي شرع السلب للقاتل وليس ذلك إلّا على مذهبنا، ولأن الخبر يدل على الاستحقاق بالقتل، وعلى ما زعموا يستحق بالتنفيل لا بالقتل.

وقد تعلقوا بحديث عوف بن مالك الأشجعي أنه خرج في غزوة مؤتة ورافقه مَدَديٌّ[2] من أهل اليمن، وأن المددي قتل رجلًا روميًّا وحاز فرسه وسلاحه، ثم أن خالد بن الوليد أخذ منه ذلك، فقال له عوف: ألم يجعل رسول الله صلى الله عليه السلب للقاتل؟ فقال: نعم، ولكن استكثرته، فقال

= وأحمد في مسنده: ٥/٣٠٦.

والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/٢٢٧.

والبيهقي في سننه: ٦/٢٢٠.

(١) رواها أبو داود في سننه: ٣/١٦٣ مع المعالم، باب في السلب يعطي القاتل، وقال: هذا حديث حسن، والدارمي في سننه: ٢/٢٢٩، والحاكم في المستدرك: ٢/١٣٠، وأحمد في مسنده: ٣/١١٤.

وابن أبي شيبه في مصنفه: ١٤/٥٣١.

(٢) مَدَديٌّ: يعني رجلا من المدد الذين جاؤوا يمدون أهل مؤتة ويساعدونهم، ينظر: شرح النووي على مسلم: ١٢/٦٦.



عوف: لأقولنّ ذلك للنبي صلى الله عليه، فذكر ذلك للنبي حين [١٨٢/ب] اجتمعا عنده فقال: (يا خالد ردّ عليه سلبه)، فلما خرجا من عنده ـ صلى الله عليه ـ فقال عوف: يا خالد: ألم أَفِ إليك بما قلتُ؟ فسمع النبي ـ صلى الله عليه ـ وغضب من ذلك ثم قال: «يا خالد لا ترد عليه، هل أنتم تاركو أمرائي، لكم صفو[1] أمرهم وعليهم كدره». وذكره أبو داود[2].

وموضع الاستدلال لهم من قوله (لا ترد عليه) ولو كان السلب مستحقًا للقاتل شرعًا لم يأمره بترك الرد عليه، دل أنه مفوض إلى رأي الإمام.

ورووا أن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء أنهما تنازعا في سلب أبي جهل، وادّعى كل واحد منهما قتله، قال: هل مسحتما سيفيكما؟ قالا: لا، قال: أرأيتهما[3]، فأرياه سيفيهما فقال: كلاكما قتله، ثم أعطى سلبه معاذ بن عمرو بن الجموح[4].

۞ والجواب:

أمّا الخبر الأول:

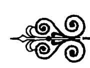
---

(١) الصفوة: مكسورة الصاد، خلاصة الشيء وما صفا منه، وإذا أثبت الهاء قلت: صفوة بكسر الصاد، وإذا حذفتها، قلت: صَفو بفتحها. ا. هـ.
معالم السنن: ٣/١٦٤.

(٢) ينظر: سنن أبي داود: ٣/١٦٣ ـ ١٦٥ مع المعالم، باب في الإمام يمنع القاتل السلب...
ورواه مسلم في صحيحه: ١٢/٦٥ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/٢٣١.

(٣) كذا في المخطوط، وفي السير الكبير لمحمد بن الحسن (أرياني سيفيكما).

(٤) رواه مسلم في صحيحه: ١٢/٦٣ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب القتيل.
والبخاري في صحيحه: ٦/٢٤٧ مع الفتح، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب.
وذكره محمد بن الحسن في السير الكبير: ٢/٥٩٩.




فدليل عليهم، وذلك لقوله لخالد: (ردّ عليه سلبه).

وأمّا قوله ـ صلى الله عليه ـ في آخر الخبر: (لا ترد عليه) فيحتمل [أن يكون ذلك نوعًا من التكبر على عوف وردعًا له وزجرًا لما كان سبق منه، والتكبر على أميره وأمضى لخالد ما كان أدّى إليه اجتهاده من استكثار السلب، والأشبه أن يكون رسول الله ﷺ عوّض المددي من الخمس الذي هو له][1].

وإذا احتمل الذي قلناه فلا تترك السنة الثابتة المشهورة بهذا النوع من المورد المحتمل.

وأمّا حديث سلب أبي جهل فلا تعرف صحته، وإنما هو مذكور في مقاطيع المغازي ومراسيلها، على أن غنائم بدر قد كانت خاصة لرسول الله ـ صلى الله عليه ـ يعمل فيها ما يشاء.

والسبب في ذلك مشهور وهو تنازع أصحاب رسول الله ـ صلى الله عليه ـ في ذلك حتى نزل قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ ۖ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾[2].

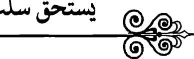
وأمّا الكلام من حيث المعنى:

فهو ضيق المجال، والمسألة خبرية، ويمكن أن يقال أن السلب مال تفرد القاتل بالاستيلاء عليه فتفرد بملكه كالصيد يتفرد الإنسان بأخذه يكون لِمَنْ أخذه.

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من معالم السنن للخطابي: ٣/١٦٤.

(٢) سورة الأنفال، آية: ١.



وهذا أصل مدلول عليه بدليل جميع المباحات إلّا أن في سائر الغنائم تُرِكَ هذا الأصل ، لأن القول به يؤدّي إلى مفسدة عظيمة ، وهي اشتغال الأبطال عن تتميم القتال بأخذ الأموال خوفًا من استبداد ضعفاء الجند بنهب الأموال والتفرد بها بأخذها وملكها ، فإنهم إذا عرفوا ذلك نَكَلُوا عن كثير من أفعالهم وتركوها.

وفيه خوف عود الضرر العظيم على عسكر المسلمين فلأجل دفع هذه المفسدة جعلنا القسمة لجميع الجند ولم يختص كل واحد منهم بملك المأخوذ.

وأمّا السلب فتخصيص القاتل به لا يؤدّي إلى مفسدة ، وقد تفرد بالاستيلاء عليه بسببٍ هو الغاية في العناء ونهاية المطلوب من القتال ، وذلك كفاية شر هذا الكافر بقتله فتفرد بسلبه عوضًا عن ما انفرد به من العناء ليكون ذلك عوضًا له عن فعله وحثًا لأمثاله على مثل فعله.

وبهذا الطريق جاز التنفيل ، ونحن نعلم أن الإمام لا سبيل له إلى قطع حق الجماعة وتخصيص البعض بالغنيمة لكن جاز ذلك في السلب لما ذكرنا ، فليكن ذلك ثابتًا بأصل الشرع ، لأنه أبلغ في الوصول إلى المقصود ونيل المراد من الحث على القتال وكفاية شر الكفار.

وأمّا هم قالوا: مأخوذ بظهور المسلمين وقوتهم فيكون محبوسًا مقسومًا.

دليله: سائر الأموال.

وإنما قلنا ذلك لأنه لولا قوتهم وإلّا لم يظهر على هذا الكافر وشبهوا




بالواحد يفتح حصنًا لا ينفرد بما فيه، وكذلك السرايا لا ينفردون بما أخذوا.

ويدل عليه: أن مَنْ أسر أسيرًا لا ينفرد بسلبه، وكذلك لا ينفرد بملكه وأسره نظير قتله.

وقاسوا على ما لو قَتَلَ الكافرَ بعد إدباره.

والجواب: بتقرير ما سبق.

وقولهم: «لولا قوة المسلمين لم يظفر عليه».

قلنا: هذا غير معتبر مع تفرده بالقتل، كما لو أثار رجل صيدًا وأخذه غيره فإنه يكون للآخذ دون المثير، وإن كان لولا إثارته لم يأخذه. وفي الأسير وجهان، وعلى التسليم كفاية الشر بالكلية تكون بالقتل.

وأمّا إذا قَتَلَ كافرًا مدبرًا فهو مكفيّ الشر من وجهٍ بإدباره وهزيمته.

والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْألَة):

الغازي إذا جَاوَزَ الدرب فارسًا ثم هَلَكَ فرسه استحق سهم الرجالة عندنا[1].

وعندهم: يستحق سهم الفرسان[2].

---

(١) مختصر المزني مع الحاوي: ٤٢١/٨، المهذب: ٣١٤/٢، النكت: ورقة ٢٩٠/أ، الحاوي: ٤٢١/٨، الروضة: ٣٧٨/٦.

(٢) مختصر الطحاوي: ٢٨٥، الأسرار: ١٤٤/١/أ (مراد ملا)، الهداية: ٤٩٨/٥ مع فتح القدير،=

❁ **لنا:**

أنه لم يوجد سبب استحقاق سهم الفارس فلا يستحق سهم الفارس.

دليله: إذا هلك الفرس قبل دخوله دار الحرب.

وإنما قلنا إنه لم يوجد [١٨٤/أ] السبب، لأن السبب هو الجهاد فارسًا ولم يوجد، لأن الجهاد والقتال بمعنى واحد فلم يوجد، وذلك لأن الجهاد مع الكفار هو فعل منه يتصل بهم، وهو كجهاد الرجل مع الرجل، وقتاله معه هو فعل متصل به مثل ضربه إياه وكلامه معه، وهذا لا يكون إلّا بحقيقة المقاتلة والمحاربة، فأمّا بدخول دار الحرب فلا، لأنه لا يوجد فعل منه يتصل بهم حتى يكون مجاهدًا إياهم، فثبت أنه لم يوجد الجهاد فارسًا، وإذا لم يوجد فقد فُقِدَ سبب الاستحقاق فانتفى الاستحقاق، ونقيس على ما لو باع الفرس بعد دخوله دار الحرب أو مات الفارس فإنه يسقط سهم الفارس في الموضعين، كذلك ههنا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: وُجِدَ الجهاد فارسًا فاستحق سهم الفرسان، كما لو شَهِدَ الوقعة ثم هلك فرسه.

وإنما قلنا: «إنه وجد الجهاد فارسًا» لأن دخول دار الحرب جهاد.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوۡطِئٗا يَغِيظُ ٱلۡكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنۡ عَدُوّٖ نَّيۡلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٞ صَٰلِحٌ﴾[1]. فقد نُزل وطء ديارهم منزلة

= البدائع: ٩/٤٣٦٥، رؤوس المسائل: ٣٦٤.

(١) سورة التوبة، آية: ١٢٠.




النيل منهم، ثم النيل منهم بالقتل والأسر جهاد، كذلك وطء ديارهم، ولأن دخول دار الحرب معنىً يؤدّي إلى الجهاد، لأنه إذا دخل دار الحرب بقصد قتالهم قصدوه بالقتال، والقتال جهاد.

فثبت أنه معنىً يؤدّي إلى الجهاد فيكون جهادًا شرعًا.

دليله: شهود الوقعة.

قالوا: وأمّا حقيقة المقاتلة ساقطة العبرة، بدليل أنه بعد ما شهد الوقعة لو قاتل راجلًا أو لم يقاتل استحق سهم الفرسان، وإذا سقط اعتبار حقيقة القتال صارت العبرة بما جعل جهادًا شرعًا، وذلك بدخوله دار الحرب.

وربما يقولون: وُجِدَ فارسًا في أول أجزاء الجهاد فوجب أن يستحق سهم الفرسان.

دليله: ما بيّنا.

وأول جزء الجهاد هو مجاوزته دار الإسلام إلى دار الحرب على ما بينّا.

وقد قال مشايخهم: إن الخيل تقصد للإرهاب والإرعاب بدليل قوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾[1]، والإرهاب يحصل بنفس الدخول، لأن العادة أنهم يستعملون عدد الخيل، والرجل عند الدخول فيحصل الإرهاب بنفس الدخول من هذا الوجه، وإذا حصل المقصود من الخيل تم السبب المشروع للاستحقاق.

قالوا: ولا يلزم إذا باع الفرس، لأنه ليس بمجاهدٍ بل هو تاجر، لأنه

(١) سورة الأنفال، آية: ٦٠.

تبين ببيعه أنه قصد التجارة لا الجهاد.

وأيضًا: فإن السبب وإن وُجِدَ بالدخول فالبيع قد قطع السبب باختياره فصار السبب كالمعدوم في حقه بخلاف الموت فإنه لا يوجد باختياره.

قالوا: وأمّا إذا مات الفارس فإنها يسقط السهم بفوات المستحق، والهالك لا سهم له.

وفي مسألتنا المستحق قائم إنما هَلَكَ المستحق به، وقد فرق بينهما، ألا ترى أن بعد شهود الوقعة لو هلك الفرس لا يسقط السهم، ولو هلك الفارس سقط سهمه.

۞ **الجواب:**

إن دعوى وجود الجهاد بمجاوزة الدرب، فاسد لما بيّنا.

والحرف: أنا نعتبر الحقيقة التي ذكرناها إلى أن يصرفنا عنه صار في دليل قاطع. أمّا الآية، نحن نقول: إن دخول دارهم بنيّة الجهاد بمنزلة النيل منهم في حيازة الأجر، وكذلك الخروج من داره بنيّة الجهاد جهاد، وإن اخترمته المنية قبل وصوله إلى دار الحرب فقد أحرز الأجر بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾[1].

وأمّا استحقاق الأجر في الدنيا أمر آخر يتعلق بحقيقة القتال كسقوط فرضه عنه إذا تعيّن عليه تنفير أو غيره يكون بوجود حقيقته، وكذلك سقوط

(١) سورة النساء، آية: ١٠٠.




فرض الحج على الإنسان يكون بوجود حقيقته.

وأمّا قولهم: «إن الدخول فعل مفضي إلى الجهاد».

قلنا: ما يفضي إلى الجهاد لا يكون جهادًا، لأن المفضي إلى الشيء غير ذلك الشيء، وهذا كخروجه من داره بنيّة الجهاد يفضي إلى الجهاد ثم لا يكون جهادًا حتى لو هلك فرسه في هذه الحالة قبل وصوله إلى دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان.

والجملة أنا نقول: إنه مادام في المسير سواء كان في دار الإسلام أو في دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان، لأنه في سبيل الجهاد وليس في نفس الجهاد، وسهم الفارس متعلق بنفس الجهاد.

وأمّا قولهم: «حقيقة القتال فارسًا غير معتبر».

قلنا: قد قال بعض أصحابنا: إنه لو ترك القتال فارسًا لا لحاجة [١٨٤/ب] القتال راجلًا لا يستحق سهم الفرسان.

وعلى أنا إن سلمنا فنقول: إنا اكتفينا بشهود الوقعة فارسًا عن القتال، لأن المقصود من القتال فارسًا زيادة النِكاية في العدو وشِدّة القتال، لأنه يوجد من الفارس من شِدّة المقاتلة ما لا يوجد من الراجل، وإذا كان المقصود ما بيّنا فقد تتفق مواضع في القتال يكون القتال راجلًا أنكى في العدو وأقرب إلى الطعن بهم من القتال فارسًا.

وعلى هذا عُرْف المحاربة فإنه إذا اشتد القتال ترجلّت الفرسان وكم من المواضع يكون الفرس وبالًا على الفارس فإذا كان أمور الحرب تختلف هذا

الاختلاف، وهذا أمر تعلمه الشجعان والفرسان ويخفى على سائر الناس، فلو اعتبرنا ذلك وأدرنا الحكم عليه أدّى إلى حرج عظيم فسقط اعتبار حقيقة المقاتلة على الفرس وانتقل الحكم إلى ظاهر الأمر وهو شهود الوقعة فارسًا وأدير الحكم عليه وجودًا أو عدمًا.

فإن قالوا: فنحن ندير الحكم على دخول دار الحرب.

وربما قالوا: إذا أسقطت اعتبار حقيقة القتال فَلِمَ كان اعتبار شهود الوقعة أولى من اعتبار دخول دار الحرب؟.

قلنا: إنما اعتبرنا شهود الوقعة، لأنه أقرب السببين إلى حقيقة القتال وأدلهما عليه وأشهدهما في الأداء إليه، ألا ترى أنه يُسمّى مقتلة ومعركة، والفعل فيه يُسمّى وقعة.

وأمّا دخول دار الحرب فهو مجرد انفصال من مكانٍ إلى مكانٍ فهو كانفصاله من بلده وحصوله في الطريق.

فإن قالوا: دخول دار الحرب أسبق السببين فيكون أولى بالاعتبار.

قلنا: أسبق الأسباب انفصاله من داره بنيّة الجهاد ومع ذلك لم يعتبر، دل أن المعتبر ما قدمناه.

وأمّا قولهم: «إن إرهاب العدو يحصل بدخول دار الحرب».

قلنا: لا، بل يحصل عند شهود الوقعة.

وأمّا الإلزام بموت الفارس فبالغ واقع.

وقولهم: «إن هناك هَلَكَ المستحق».

قلنا: وهاهنا هَلَكَ ما يُستحق به.

وأمّا تعلقهم في الفرق بما بعد شهود الوقعة.

فليس بمسلمٍ، لأن عندنا لا فرق بين موت الفرس وموت الفارس بعد شهود الوقعة. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

سهم ذوي القربى ثابت عندنا في حال حياة النبي ـ صلى الله عليه ـ وبعد وفاته ويفردون بسهم من الخمس بعلة القرابة(١).

وعندهم: قد كان لهم سهم يستحقونه بعلة النصرة، وسقط بوفاة النبي ـ صلى الله عليه(٢).

ومنهم مَنْ قال: بقي مستحقًا بعلة الفقر(٣).

❖ لنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ

(١) مختصر المزني مع الحاوي: ٤٤٩/٨، المهذب: ٣١٦/٢، النكت: ورقة ٢٨٧/ب، الحاوي: ٤٢٩/٨، الروضة: ٣٥٥/٦، معالم السنن: ٣٨٥/٣.

(٢) الأسرار: ١٤٣/١/ب (مراد ملا)، الهداية: ٥٠٣/٥ مع فتح القدير، رؤوس المسائل: ٣٦٢، البدائع: ٤٣٦١/٩.

(٣) قال الكاساني في بدائعه: «والصحيح أنه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم، يعطون لفقرهم، وحاجتهم، لا لقرابتهم، وقد بقي كذلك بعد وفاته، فيجوز أن يعطى فقراء قرابته ﷺ كفايتهم دون أغنيائهم، ويقدمون على غيرهم من الفقراء» ٤٣٦١/٩.




﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾[1].

والمراد منه قرابة الرسول ـ عليه السلام ـ لأنه سبق ذكر الله وذكر الرسول، ويستحيل أن ينصرف إلى الله تعالى فانصرف إلى الرسول ـ صلى الله عليه.

فإن قالوا: «ذوي القربى» لفظ محتمل، يجوز أن يكون المراد منه قرب النسب، ويجوز أن يكون قرب النصرة، ويجوز قرب الصحبة.

قلنا: القرابة المطلقة شرعًا وعرفًا بقرب النسب، بدليل أنه لو أوصى لذي قربى بني فلان ينصرف إلى أقربائه نسبًا بالإجماع[2]، وكذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[3]، وفي العُرف لا يفهم بإطلاق لفظه إلّا الأقرباء من النسب.

وقد دلت السنة على هذا فإنه قد ثبت برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم أن النبي عليه السلام «قسم الخمس يعني خمس الخمس بين بني هاشم وبني المطلب فانطلقت أنا وعثمان بن عفان إلى النبي عليه السلام...»[4] الخبر إلى آخره.

ففي قسمته ـ صلوات الله عليه ـ هذا السهم بين بني هاشم وبني المطلب دليل على أن المراد من ذي القربى المذكور في الآية أقرباء النبي ـ صلى الله عليه ـ وإذا ثبت هذا فالاستدلال من قوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ وهذه اللام

---

(١) سورة الأنفال، آية: ٤١.

(٢) لم أجده في مظانه.

(٣) سورة البقرة، آية: ١٨٠.

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٣٨٢/٣.

تقتضي الاستحقاق، كما يقال: الثوب لزيدٍ والدر لعمرو، وإذا ثبت الاستحقاق بهذا اللفظ لم يجز أن يُحرَمُوا.

ويدل على ما ذكرنا حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: سمعتُ عليًا ـ رضي الله عنه ـ يقول: اجتمعتُ أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة[1] عند النبي ـ صلى الله عليه ـ فقلتُ: «يا رسول الله إن رأيت أن تولينا حقنا من هذا الخمس في كتاب الله فأقسمه في حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل فَفَعَلَ ذلك فقسمتُه في حياة النبي ـ صلى الله عليه ـ ثم ولانيه أبو بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر فإنه أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم [١٨٥/أ] أرسل إليّ فقلتُ: بنا عنه العام غنىً وبالمسلمين حاجة فاردده عليهم فردّه عليهم ثم لم يدعُني إليه بعد عمر أحد، فلقيتُ العباس بعدما خرجتُ من عند عمر، فقال: يا علي حرمتنا الغداة شيئًا لا يُرد علينا أبدًا»، وكان رجلًا داهيًا[2].

رواه أبو داود[3] على هذا الوجه.

والمعتمد الكتاب ولا مزيد عليه.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بالخبر الذي روينا من طريق سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم حيث انطلق هو وعثمان إلى النبي ـ صلى الله عليه ـ وقالا: قسمت

---

(١) في المخطوط (حارث)، والتصويب من سنن أبي داود.

(٢) الدّهى: بفتح الدال وسكون الهاء: الفطنة وجودة الرأي. ينظر: معالم السنن: ٣٨٦/٣.

(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٣٨٥/٣، ٣٨٦ مع المعالم، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى.

لإخواننا بني المطلب ولم تعطنا شيئًا يعني بني عبد شمس وبني نوفل وقرابتنا واحدة فقال النبي - ﷺ -: (إنما نحن بنو هاشم وبنو عبد المطلب شيء واحد)[1].

وفي رواية: (إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام)[2].

قالوا: وهذا دليل على أنه أعطى بالنُّصرة لا بالقرابة، فإنهم طلبوا بالقرابة، وأخبر ـ صلى الله عليه ـ أن الحق كان بالنُّصرة، والنُّصرة قد ذهبت بوفاة النبي ـ صلى الله عليه.

قالوا: وأمّا الأولاد الذين حدثوا في زمان النبي ـ صلى الله عليه ـ فإنما أعطاهم لأن النصرة صفة في الشخص وقد سرت إلى الأولاد فأعطوا أيضًا، إلّا إن السراية إنما تكون إذا كانت الصفة ثابتة في الأصل، فأما إذا انقطعت عن الأصل لم يتصوّر السراية، وبعد وفاة النبي - ﷺ - فاتت هذه الصفة في الأصول فلا سراية بعد ذلك.

قالوا: وإثبات الاستحقاق بالنصرة أولى، لأن هذا مال كرامة والنُّصرة طاعة فيجوز أن يستحق بالطاعة مال الكرامة، وأمّا القرابة فلا تصلح علة للاستحقاق، ولأن القرابة من الإنسان إنما تكون سببًا لاستحقاق ماله، فأمّا أن تكون سببًا لاستحقاق سهم من الغنيمة فلا يعرف، ولأن الله تعالى نزّه النبي - ﷺ - عن هذا اللّوث، وهو أن تكون رسالته سببًا لاستحقاق غرض

(١) رواه أبو داود في سننه: ٣٨٢/٣ مع المعالم، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى.

(٢) روى هذه الرواية أبو داود في سننه: ٣٨٤/٣ مع المعالم، والنسائي في سننه: ١١٩/٧، في أول باب الفيء، وأبو عبيد في الأموال: ٣٦٥.

من الدنيا، فإذا لم يستحق هو بالرسالة فلأن لا يستحق بالقرابة منه أولى وأحرى.

قالوا: وأمّا الآية ففيها بيان المصارف في الجملة على ما يذكرون في المسألة التي تلي هذه، «وذوي القربى» مصارف في الجملة حتى لو أعطى فقراءهم جاز، بل لو صَرَفَ إليهم الجميع جاز أيضًا فقد استحقوا في زمان النبي ـ صلى الله عليه ـ بعلة النُّصرة إلّا أن العلة سقطت بوفاة النبي ـ صلى الله عليه ـ فسقط الحق.

وأمّا الذين قالوا: إنهم يستحقون سهمًا بعد النبي ـ صلى الله عليه ـ بالفقر فقد قالوا: بموجب الكتاب، لأن لاسهم لهم ثابت إلّا إنه لفقرائهم، وهذا لأن الخمس مال الله والفقر علة مؤثرة في الاستحقاق من الذي يضاف إلى الله تعالى، فإن الفقراء عبيده، وقد استحقوا عليه الرزق بحكم الوعد ولم يعطهم من الأملاك شيئًا ما يكون رزقًا لهم فأحالهم على المال الذي له على عبيده من الزكوات والخمس وغير ذلك، وهذا لأن الحاجة علة مخيلة في استحقاق العبد رزقه على مولاه ومالكه.

قالوا: ولأن السهم المذكور من الخمس عوض لذوي القربى من الصدقة التي حرّموها عليهم، والحرمان للفقراء منهم دون الأغنياء لأن الأغنياء منهم حُرمُوا بعلة الغنى لا بعلة القرابة، فإذا كان الحرمان للفقراء على الخصوص كان العوض للفقراء على الخصوص.

ورووا بطريق الكلبي[1] ....

(١) الكلبي: هو محمد بن السائب بن بشر الكلبي أبو النضر الكوفي النسابة المفسر متهم بالكذب،=



عن أبي صالح[١] عن ابن عباس «أن أبا بكر، وعمر، وعثمان، وعليًا، قسموا الخُمس على ثلاثة أسهم: لليتامى والمساكين وابن السبيل، وجعلوا السهمين الباقين في الكِراع والسَّلاح»[٢].

وذكر أبو داود في سننه في الخبر الذي ذكرناه برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم «أن أبا بكر قَسَّم الخُمس نحو ما قَسَّم رسول الله ـ صلى الله عليه ـ غير أنه لم يكن يعطي ذوي القربى ما كان النبي - عليه السلام - يعطيهم، وكان عمر يعطيهم، وكذلك عثمان بعده»[٣].

قالوا: فهذا يدل على أنه يجوز أن يُعطوا، ويجوز أن يُمنعوا على حسب ما يراه الإمام، ونحن كذلك نقول.

قالوا: ولأنه سهم من الخُمس فلا يجوز صرفه إلى الأغنياء.

دليله: سهم اليتامى.

❁ **الجواب:**

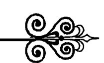
أمّا الحديث الأول: فهو حجة عليهم على ما بيّنا من قبل.

= ورُمي بالرفض، من السادسة، مات سنة ١٤٦هـ. روى له الترمذي وابن ماجه في التفسير. ينظر: التقريب: ٢٩٨.

(١) أبو صالح مولى أم هانئ، ضعيف، مدلس، من الثالثة، روى له أصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب: ٤٢.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية، روى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح... وذكره ٤٢٤/٣.

(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٣٨٣/٣ مع المعالم، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى. وأبو عبيد في الأموال: ٣٦٥.



وأمّا قولهم: «إنه ـ صلى الله عليه ـ أعطى بعلة النُّصرة».

قلنا: هذا محال، لأن المروي أنه قَسّم بين بني هاشم وبني المطلب، فدل أنه أعطاهم بعلة النَّسب.

وأمّا قوله ـ صلى الله عليه: (إنما نحن وبنو المطلب شيء واحد).

قلنا: هذا مذكور بعلة إلحاق بني عبد المطلب ببني هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل.

فإن قالوا: فإذا تحقق أنهم يكونون أتباعًا لهم فلا يسوّي بينهم وبين الأصول كالنِّساء والصبيان.

[١٨٥/ب] قلنا: إذا ألحقوا بهم فحينئذ يصيرون مثلهم فيسوى في الاستحقاق.

ويمكن أن يقال: إنه ـ صلى الله عليه ـ جعل جفوةَ بني عبد شمس وبني نوفل وتركَ نصرتهم له علة لحرمانهم مع استواء بني المطلب والبطنين الأخريين في النَّسب، وهو كما صار عداوة أبي لهب علة لحرمان منه وإن كانوا من بني هاشم.

ومجموع الكلام أن العلة في الاستحقاق هي القرابة إلّا أنه بشرط النُّصرة أو بشرط ترك الجفوة وترك الأذية.

وأمّا قولهم: «إن القرابة لا يجوز أن تكون علة».

قلنا: يجوز، لأن المال مال كرامة وقرابة الرسول ـ ﷺ ـ مخيلة في استحقاق الكرامة.




وأمّا قولهم: «إن الله نزّه الرسول ـ عليه السلام ـ عن التلوث بالدنيا».

قلنا: نعم، ولكن على جهة الطمع وطلب العوض، فأمّا على جهة الكرامة فلا، بل سمّى له صلى الله عليه سهمًا من الخمس كرامة له وجعل له الصَّفيّ[1] من الغنائم كرامة له، فكذلك يجوز أن يكون لأقربائه سهم من الخمس كرامة لهم.

وأمّا قولهم: «إنا نثبت لهم سهمًا بعلة الفقر».

قلنا: هذا مال كرامة فتأثير القرابة في استحقاقه أظهر ولأن الكتاب نص على هذا الوصف وقد وجدناه مؤثرًا فلا نحيله على سببٍ آخر.

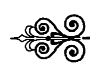
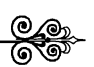
وقولهم: «إن الحاجة لاستحقاق المال الكفاية على سيده».

قلنا: نجيب عن هذا في المسألة التي تلي هذه المسألة.

وأمّا فصل الحرمان فهو بعلةٍ القرابة في الكل، لأن العامل لا يجوز أن يكون هاشميًا مع غناه لأجل القرابة، ولأنه إنما يحرم بالغنى مَنْ يستحق بالفقر فأما مَنْ لا يستحق بالفقر فكيف يحرم بالغنى؟.

فدل أن بني هاشم حُرِمَ الأغنياء والفقراء منهم بعلة القرابة، والسهم من الخمس عوض فيجب أن يكون العوض في محل الحرمان بعلة الحرمان حتى يكون عوضًا، ولأنهم إذا حُرِمُوا بالقرابة ولم يُعوّضوا يكون الحرمان عقوبة

(١) «الصَّفيُّ: هو ما يصطفيه من عرض الغنيمة من شيء قبل أن يخمس ـ عبد أو جارية أو فرس، أو سيف وغيرها ـ وكان النبي ﷺ مخصوصاً بذلك مع الخمس الذي كان له خاصة». ا.هـ. قاله الخطابي في المعالم: ٣/٤٠٠.

عليهم، فدل أن الإعطاء والحرمان جميعًا بالقرابة.

وأمّا الذي رووه من طريق الكلبي:

فضعيف جدًا، وقد اتفق أهل العلم بالرجال على أن الكلبي متروك[1]، وقد قيل: كان بالكوفة كذّابان السُّدي [2] والكلبي[3]، وعلى أن السُّدي أمثل منه.

وأمّا أبو صالح أستاذ الكلبي فقد كان يُسمّيه سعيد بن جبير: ابن صالح دروغْ زن[4].

وأمّا الذي ذكروا عن أبي بكر أنه لم يكن يعطيهم كما كان يعطيهم رسول الله ـ صلى الله عليه.

قلنا: قد نُقِلَ بالروايات الصحيحة أن أبا بكر أعطاهم، فلا تترك تلك الروايات بمثل هذه الروايات، فلا تقبل رواية مَنْ لم يعرف الإعطاء في مقابلة من عرف الإعطاء، وقد قال علي: «أما أبو بكر فلم يكن في زمانه كثير مال وما كان فقد أعطانا...»، وعلى الجملة الاعتماد على الكتاب ولا نسخ بعد

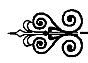
---

(١) ينظر: تهذيب التهذيب: ٩/١٨٠.

(٢) إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السُّدي أبو محمد الكوفي، صدوق يهم ورمي بالتشيع ـ من الرابعة ـ، مات سنة ١٢٧هـ، روى له مسلم، وأصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب: ٣٤.

(٣) ينظر: تهذيب التهذيب: ٩/١٧٨.

(٤) روي هذه اللفظة ابن عدي في الكامل بسنده عن سفيان، عن محمد بن قيس، عن حبيب بن أبي ثابت قال: «كان إذا حدّث عن أبي صالح قال: دروغْزن» ا. هـ. ٢/٥٠٢.
وذكر هذه اللفظة ابن حبان في كتابه المجروحين: ١/١٨٥ (عند ترجمته).




النبي ﷺ بقول أحد ولا فعله.

وأمّا اليتامى:

قلنا: اليتم دليل الحاجة بدليل أنه لو أوصى ليتامى بني فلان يصرف إلى المحتاجين منهم بخلاف الأقارب.

وعلى أنه قد منع فصل اليتامى، والأصح التسليم، والجواب ما بيّنا.

وقد قال أصحابنا:

إن القرابة إذا منعت مالًا أوجبت مالًا، بدليل قرابة الإنسان منعت مال الوصية وأوجبت مال الميراث، وتقرير هذا ما سبق.

والقياس على قرابة الإنسان نفسه ضعيف، وأصل الكلام في إثبات العوضية كلام مؤيد بالسُّنة وهو قوله - ﷺ -: (يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غُسالة أيدي الناس، وعوّضكم منها خمس الخمس)[1]، وقد بيّنا وجه الاستدلال من هذا الكلام. والله أعلم بالصواب.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية: غريب بهذا اللفظ. ٤٠٣/٢، وروى مسلم في حديث طويل من رواية عبد المطلب بن ربيعة مرفوعًا: (إن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد...) الحديث.
صحيح مسلم: ١٧١/٧ مع النووي، باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة.

❋ (مَسْأَلَة):

لا يجوز صرف الصدقات إلى صنفٍ واحدٍ بل يجب صرفها إلى جميع الأصناف الذين يوجدون، وتصرف إلى ثلاثة ثلاثة من كل صنف[1].

لنا:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾[2] يقتضي ثبوت الحق لهم، وقوله (والمساكين) معطوف في هذا الحق على الفقراء.

فثبت أصل الاستحقاق والتشريك بين الأصناف بمقتضى الآية.

وقد قال الأصحاب[3]: أضاف هذا الحق إليهم بلام التمليك وأشرك بينهم بواو التشريك فهو مثل ما يقول الإنسان: هذا الثوب لفلانٍ وفلانٍ وفلانٍ.

وقد حرّروا وقالوا: مضاف إلى أصنافٍ بأوصافٍ فثبت الحق لهم، ولم يجز أن يُحرم بعضهم ويُعطى بعضهم.

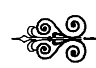
دليله: إذا أوصى لهؤلاء بثلث ماله.

---

(١) الأم: ٢/٦١، المهذب: ١/٢٣٠، النكت: ٨٦/ب، الحاوي: ٨/٣٧٨.
لم يذكر المؤلف مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة ولعله سقط سهوًا من الناسخ وهو جواز صرفه إلى صنف واحد.
ينظر: مختصر الطحاوي: ٥٢، الأسرار: ١/١٢٨/ب (مراد ملا)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ١/٤٠٠، مختصر القدوري: ١/١٦٥ مع الجوهرة.

(٢) سورة التوبة، آية: ٦٠.

(٣) منهم الشيرازي في مهذبه: ١/٢٣١، ونكته: ورقة ٨٦/ب.




❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا بظاهر قوله: ﴿إِن تُبْدُوا۟ ٱلصَّدَقَٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[1].

فأقل ما تقتضي هذه الآية أنه إذا صرف إلى الفقراء على الانفراد يجوز.

قالوا: ولا يجوز أن يحمل على النفل، لأن الصدقات في كتاب الله محمولة على الفرائض بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾[2] وبدليل قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ [١٨٦/أ] أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾[3].

وأمّا المعنى:

قالوا: الفقراء ليسوا بمستحقين للزكاة، وإنما هم مصارف لحق الله، وإنما صاروا مصارفَ لحاجتهم إلى الكفاية، وقد وجدت الحاجة في حق الواحد فصار محلًا لصرف حق الله تعالى إليه، فإذا صرف إليه فقد صرف الحق إلى محله فجاز، وهذا كما أن الكعبة لما صارت محلًا لأداء الصلاة إليها فسواء صَلَّى إلى قلب الكعبة أو إلى جزءٍ من أجزائها فإنه يجوز، وقد بنوا هذا الفصل على أصلهم المذكور في مسألة نفي زكاة مال الصبيان وهو أن الزكاة محض حق الله تعالى، وقد أمر بصرفه إلى الفقراء لَا عَلَى أنها حق لهم، ولكن لأن الله تعالى وَعَدَ لهم الرزق ولم يملكهم ما يكون رزقًا لهم، ولله تعالى على أرباب الأموال حقوق في أموالهم، وهي: الزكوات أو العُشور

(١) سورة البقرة، آية: ٢٧١.

(٢) سورة التوبة، آية: ٦٠.

(٣) سورة التوبة، آية: ١٠٣.




والكفارات، فأحالهم بما وعدهم من الرزق على الأغنياء ليقبضوا أرزاقهم مما لله تعالى عليهم من الحقوق فصار كفّ الفقير شرطًا لتأدّى حق الله تعالى، ثم الفقير يستوفي رزقه من قبل الله بواسطة الوصول إلى الله تعالى حقًا له.

وقد ذكروا هذا الأصل في كتاب الزكاة بطوله وبسطه فلا يعاد.

وقالوا: من هذا الأصل إن الحق ليس للفقراء إنما هم مصارف على الوجه الذي بيّنا، وإنما صاروا مصارفًا[1] لحاجتهم، والحاجة في الجماعة والواحد واحد، فقد وصل الحق إلى محله في الموضعين فتأدّى ووقع في موقعه كما لو صرف إلى الأصناف الثمانية[2].

قالوا: وخرج على هذا مسألة الوصايا، لأن الْمُوصَى لهم مستحقون فإنهم أقوام عُيّنوا بعقدٍ مشروعٍ للاستحقاق فاستحقوا، وإذا استحقوا لم يجز أن يُحرمُوا.

وأمّا الفقراء والمساكين في مسألتنا فمصارف، وليسوا بمستحقين.

وقد تعلق مشايخهم: بالإمام إذا صَرَفَ إلى صنفٍ واحدٍ فإنه يجوز، وكذلك رب المال لأنه نائبه وقائم مقامه.

وتعلقوا: بما لو اجتمع وصفان من هذه الأوصاف في شخصٍ واحدٍ لا يجوز صرف وظيفتين إليه، وكذلك إذا تفرق في شخصين.

۞ **الجواب:**

أمّا الآية التي تعلقوا بها، فلا تعارض الآية التي تعلقنا بها؛ لأن فيها

---

(١) في المخطوط: مصارف.

(٢) في المخطوط: الثمنية.

أمر بالإيتاء إلى الفقراء فتكون الآية متضمنة لصنفٍ واحدٍ.

وأصل الآية التي تعلقنا بها متضمنة جميع الأصناف، ونحن نعلم على القطع أن المتضمن لزيادة البيان أولى، فعلى هذا يكون في تلك الآية فيها بيان بعض ما تتضمنه هذه الآية فصارت هذه الآية أولى بالتعلق بها في هذا الحكم من تلك الآية، لأن المستوفى والمتضمن لجميع الحكم أولى من المتضمن ببعضه.

وأمّا المعنى الذي قالوه والجواب عنه:

أن الأصل الذي ادّعوه باطل، والصدقات حق الفقراء بنص الكتاب، وبالنظر في الأمثال والأشباه فإن ما يجعله الله تعالى لصنفٍ ولقومٍ هو مثل ما يجعله العبيد بعضهم لبعض بالعقود المشروعة، فكما أن الحق يثبت لهؤلاء الأصناف بالعقود، كذلك بالسبب الذي جعله الله لهم ذلك إلّا أن العقد الذي يثبت به الحق لهؤلاء الأصناف بهذه الأوصاف ليس إلّا الوصية فاعتبر بها.

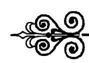
والذي قالوا: «أنهم مصارف كالكعبة للصلاة».

فاسد، لأن الكعبة ليس بمحلٍ الصلاة لها، فلابد أن يكون مصرفًا والفقراء محل استحقاق الحقوق، وقد أضيف هذا الحق إليهم بلام الاستحقاق فاستحقوه.

ودعواهم: «إن الزكاة حق خالص لله تعالى».

وقد تكلمنا على هذا في كتاب الزكاة.

وقولهم: «إن الله تعالى أحال الفقراء على الأغنياء بما وَعَدَهم من الرزق».




هوس، لأن الحوالات إنما تصح في الحقوق الواجبة ولا وجوب على الله تعالى.

وقولهم: «إن الله تعالى ملّك الأغنياء رزقهم».

فهذا مذهب أهل البدعة، وعندنا الرزق ما تقوم به حياة الإنسان، وليس رزقه ما يملكه، وَمَنْ يأكل الحلال والحرام كلهم في رزق الله تعالى، وهذا مذهب أهل السنة.

والدليل عليه: يسهل لكنه خروج عن مسالك الفقهاء، فلا ينبغي أن يمكنوا من الشروع في أمثال هذا الكلام.

ثم يقال لهم إنْ سلّموا لكم إنهم مصارف، فإنما صاروا مصارفًا بالحاجة، ولكن أسباب الحاجة مختلفة باختلاف هذه الأسباب فحاجة الفقراء لعدم المال وحاجة المسكين بالضر والزَّمانة، وحاجة العامل ليتفرغ لهذه الحسبة بما يصل إليه من العمالة، وحاجة الغارم لتفريغ ذمته، وحاجة ابن السبيل ليصل إلى أهله ووطنه، وحاجة المجاهد ليصل بالمأخوذ إلى الجهاد، فإذًا اختلف أسباب الحاجة والمقصود دفع هذه الحاجات، فإذا صرفنا إلى البعض دون البعض عطلنا البعض فأعرضنا عن هذه الأسباب ونظرنا إلى نفس الحاجة.

[١٨٦/ب] وكما لا يجوز ترك النظر إلى أهل الحاجة لا يجوز ترك النظر إلى أسباب الحاجة.

فإن قالوا: «باجتماعهم في أصل الحاجة يصيرون كصنفٍ واحدٍ».

قلنا: هذا دعوى بلا دليل، وإذا اختلفت الأسباب لم يجز أن يجعلوا كصنفٍ واحدٍ، لأن فيه تعطيل الأسباب.

وقد قالوا: لو أوصى لأمهات أولاده وللفقراء وللمساكين يكون الثلث من الْمُوصَى به لأمهات أولاده، لأنه جعل لأمهات الأولاد سهمًا، وللفقراء سهمًا وللمساكين سهمًا، فلو صارت الأصناف في مسألتنا كصنفٍ واحدٍ، فصار الصنفان في مسألة الوصية كصنفٍ واحد، فينبغي أن يكون لأمهات الأولاد النصف وللفقراء والمساكين النصف[1].

وأمّا تعلقهم بالإمام:

فتعلق فاسد، لأن الإمام نائب عن الأصناف جميعًا فالوصول إلى يده وصول إلى الأصناف، ثم له بعد الولاية في التعيين وتركه، والزيادة والتخيير، وما أشبه ذلك، ولأنه سبق عليه حفظ زكاة كل إنسان ليصرفه إلى الأصناف جميعًا فجعل زكاة جميع مَنْ يسلم إليه زكاته كزكاة شخصٍ واحدٍ لدفع هذا الحرج ثم عليه صرف ما في يده إلى جميع الأصناف حتى لو أعطى البعض وحرم البعض لا يجوز.

وأمّا قولهم: «إنه إذا اجتمعت صفتان من هذه الأوصاف في الشخص الواحد لا يستحق وظيفتين».

قلنا: إنما كان كذلك، لأن الله تعالى قد نص على الأشخاص كما نص على الأوصاف فنقول: وإن اجتمعت صنفان في هذه الصورة، ولكن الشخص

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٢٩/ب (مراد ملا).

واحد فلا يجمع له بين وظيفتين وَجُعل كمَنْ له صفة واحدة ولم يجمع حتى لا يؤدي إلى الإخلال بالنصوص من وجهٍ.

والله أعلم بالصواب

※ (مَسْأَلَة):

مَنْ عليه زكاة الأموال الظاهرة يجوز أن يفرق الزكاة بنفسه على أظهر قولي[1] الشافعي رضي الله عنه، وأصحهما[2].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: لا يجوز[3]، وهو القول الثاني[4].

✥ لنا:

قوله تعالى: ﴿إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[5].

وإيتاء الفقير هو الإيصال من يده إلى يده، فأمّا الإيصال إلى يده من يد الإمام إن سُمّي إيتاء فهو مجاز لا حقيقة والعبرة بالحقيقة، ولأنه أوصل الحق إلى مستحقه الذي هو من أهل استيفائه فوجب أن يصح ويخرج عن عهدته.

---

(١) الأم: ٦٧/٢، المهذب: ٢٢٨/١، النكت: ورقة ٨١/أ، الحاوي: ٤٧٢/٨.
(٢) المهذب: ٢٢٨/١، الحاوي: ٤٧٢/٨، وهو القول الجديد.
(٣) الأسرار: ١٣٠/١/أ (مراد ملا)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٤٠٥/١.
(٤) المهذب: ٢٢٧/١، النكت: ورقة ٨١/أ.
(٥) سورة البقرة، آية: ٢٧١.

دليله: المشتري إذا أوصل الثمن إلى الموكِّل.

ودليله: زكاة الأموال الباطنة إذا أوصلها مَنْ عليه بنفسه إلى الفقراء.

وأمّا قولنا: «أوصل الحق إلى مستحقيه».

فقد بيّنا أن الصدقات حق الفقراء.

وأمّا قولنا: «إنه من أهل استيفائه».

لأن الفقير حر عاقل بالغ رشيد فيكون من أهل استيفاء حقه.

يبينه: أن الإمام إذا قبض يؤمر بتسليمه إليه، فإذا كان من أهل الاستيفاء من يد الإمام يكون من أهل الاستيفاء من يد مَنْ عليه، ولأن الزكاة سقطت عنه فيما بينه وبين الله تعالى، بدليل أنه لو لم يتفق مطالبة الإمام لا يؤمر هو بالإعادة، وإذا سقطت عنه وهو الموجب عليه في حق الله تعالى وهو الموجب له فلا معنى لبقائه في حق وسيط ليس بيده إلّا الوساطة والطلب، وهذا معتمد.

۞ **وأمّا حجّتهم**:

تعلقوا بظاهر قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾[1] وهو أمر، والأمر على الوجوب، ولأن الفقير مولى عليه من قبل الإمام في قبض الصدقات فلا يجوز قبضه بنفسه، كما لا يجوز قبض الطفل.

وإنما قلنا: «مولًّى عليه»، لأن الفقراء لكثرتهم عاجزون من قبض الصدقات فثبت الولاية عليهم لعجزهم، كما يثبت على الأطفال والمجانين،

---

(١) سورة التوبة، آية ١٠٣.



ولأن الأموال الظاهرة هي السوائم في البراري، وأموال التجار في الطرق والزروع في الصحاري، وهذه الأموال إنما تكون محفوظة مصونة بحشمة الإمام وحمايته، ولولا ذلك ليغشمنّها الأيدي الظالمة ويوزعنّها المحادثات المتفرقة، ولما كانت صيانتها بحشمة الإمام وحمايته فالله تعالى جعل له ولاية في قبضها جزاءً على تعبه في حمايته، مثل المضحي يضحي فيقيم حق الله بيده فثبت له ولاية تفريق لحمها على الفقراء ليكون جزاءً له في مقابلة عمله.

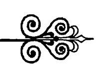
وإذا ثبتت له هذه الولاية لم يكن لصاحب المال إسقاط حقه بل يحكم ببقاء حقه وبقاء الزكاة فيما يعود إلى حقه وإن سقطت فيما بينه وبين الله تعالى، ويجوز أن يسقط الشيء في حق شخصٍ ويبقى في حق آخر كما لو قال زوجُ المعتدة: أخبرتني المرأة أن عدتها انقضت، يحكم بسقوط العدة في حقه وبقيت في حقها على ما عرف.

وأمّا الموكِّل لأنه لا ولاية عليه للوكيل، وإنما الوكيل نائب وليس يدخل على هذا ما اعترضوا على [١٨٧/أ] فصل الوكيل من وجه آخر.

وقالوا: إن لم نجوّز تسليمه الثمن إلى الموكِّل احتجنا إلى نقض قبضه وإعادته في الحال، لأن التسليم إليه متعين وإن قبضه الوكيل بخلاف مسألتنا، لأن الإمام يجوز أن يعطيه فقيرًا آخر.

قالوا: وأمّا زكاة أموال التجارة فهي غير محفوظة بحشمة الإمام إنما هي محفوظة بأيدي أصحابها، فلا معنى لإثبات ولاية الإمام جزاءً على حمايته.

وعلى أنا إنْ قلنا: إنها محفوظة بحشمة الإمام، ولكن إنما جاز لأرباب

الأموال أن يؤدوا بأنفسهم بإذن الإمام وهو عثمان رضي الله عنه على ما روى عنه، أنه فوّض إليهم أداءها، ولم يبطل بموته، لأنه كان نوع حكم فلم يبطل بموت الحاكم.

واستدل مشايخهم:

بأصل ثبوت المطالبة فإن حق المطالبة ثابت للإمام في الأموال الظاهرة بالإجماع حتى إن مَنْ عليه لو امتنع أخذ الإمامُ منه جبرًا وقهرًا.

فنقول: حق ثبت للإمام المطالبة به واستيفاؤه فلا يجوز لِمَنْ عليه تفريقه بنفسه.

دليله: الجزية، والخراج.

۞ الجواب:

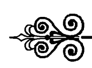
أمّا الآية، فليس فيها أكثر من جواز أخذ النبي ـ صلى الله عليه ـ والأئمة، ولا كلام فيه.

وإنما الكلام في أنه هل يجوز لمن عليه أن يؤدّيها بنفسه أولا؟ وليس في الآية تعرض لهذا.

أمّا قولهم: «إن الفقير مولًى عليه».

لا نسلم، لأن الولاية لا تثبت إلّا على مَنْ هو من أهل الولاية عليه، والفقير حُرّ، عاقل، رشيد، بالغ، ليس من أهل ثبوت الولاية عليه.

وأمّا قولهم: «إن الفقراء لكثرتهم عجزة عن استيفاء الصدقة».

قلنا: لا عجز، لأنه لا يؤمر بإيصالها إلى جميع الفقراء، ولأن تعيين الفقير إلى مَنْ عليه الزكاة، وإذا تعيّن ذهب العجز.

وأمّا قولهم: «إن السوائم تكون محفوظة بحشمة الإمام وحمايته».

قلنا: وكذلك الأموال في البيوت وأموال التجارة في الخانات والحوانيت، ومع ذلك يجوز لمن عليه أن يؤدّيها بنفسه.

وقولهم: «إنه كان بإذن الإمام وهو عثمان».

قلنا: قوله - رضي الله عنه - كان في جميع الأموال فإنه قال: «هذا شهر زكاتكم فَمَنْ كان له مال وعليه دين فليحتسب ماله بما عليه، وليزكِ[1] بقية ماله...»[2].

وليس لهذا اللفظ اختصاص بأموال التجارة دون غيرها، وعلى أن الأموال الظاهرة إن كانت محفوظة بحمية الإمام فلم ينبغِ أن يكون له الولاية على الفقراء.

فإن قالوا: «جزاءً على عمله».

قلنا: قد نال الأجر في الآخرة والرزق في الدنيا، فلأيّ معنىً يحتاج إلى شيء آخر.

---

(١) في المخطوط: «وليترك»، والتصويب من المراجع الآتية في حاشية (٢).

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٢/١١٧ مع المنتقى. باب الزكاة في الدين.
والبيهقي في سننه: ٤/١٤٨، باب الدين مع الصدقة.
وابن أبي شيبة في مصنفه: ٣/١٩٤، باب ما قالوا في الرجل يكون عليه الدين مَنْ قال: لا يزكيه.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٤/٩٢، ٩٣، باب لا زكاة إلّا في فضلٍ.

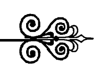
وأمّا ثبوت أصل المطالبة للإمام فللنظر لأرباب الأموال والفقراء.

أمّا أرباب الأموال فليسهل عليهم التسليم ولا يحتاجون إلى طلب المستحقين وتتبع الأصناف، وأمّا الفقراء فلأنه لو فُوّض بالكلية إلى أرباب الأموال يغلب عليهم البخل والشُّح، ولا يكون للفقراء قوة الأخذ، ولا لأرباب الأموال شفقة الإيصال فيفوت الحق.

وأمّا الإمام فيكون له قوة الأخذ وشفقة الإيصال فيحيا الحق فلهذا أثبتنا لهم المطالبة.

وأمّا الجزية والخراج، فإنما لم يجز لِمَنْ عليه أن يفرقها بنفسه لأن مستحقه غير متعين فإن للإمام أن يجعل الجزية والخراج في غير أرزاق الْمُقَاتِلة مما يرى من المصالح، وإذا لم يتعين مستحقه لم يجز لِمَنْ عليه تولِّي تفريقه بنفسه بخلاف مسألتنا فإن مستحق الصدقات متعيّن، فإذا تعيّن مَنْ له وَمَنْ عليه، ومَنْ له من أهل القبض فَمَنعُ قبضه محال.

يبينه: إن الخراج والجزية مصلحة الملك، لأن الإمام لابُدّ له من قوةٍ وقوته تكون بالجند، وإنما يتقوّى بهم إذا أقاموا على بابه، وإنما يقيمون على بابه برزقٍ يعطيهم ويجري على يده، فإذا لم يجر على يده وكان لهم أن يأخذوا بأنفسهم أخذوا وتفرقوا وذهبت قوة الإمام فيصير كواحدٍ من الرعية فلا تبقى له هيبة عندهم، وإذا ذهبت هيبتُه وحشمتُه عندهم، فيضعف، وتفرق جنده، وأكلت الرعية بعضُهم بعضًا، وجاء الفسادُ الشاملُ، وانقطع النظامُ، وتعذر الضبطُ، وانحل القوى، وعَمّ الهرج، وجاءت الفتنة الصماء العمياء، وعند ذلك الهلاك، وذهاب الدين والدنيا، والله المستعان، ومثل هذا لا يوجد في

أمر الزكاة؛ لأنه للفقراء والمساكين، ولا تتعلق بذلك قوة الإمام، ولا بقاء السلطان فافترقا لهذا.

والله أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين.

تم الربع الثاني من كتاب الاصطلام، وهو ربع البيع بحمد الله تعالى ومنّه، وهو الموفق لإتمامه بفضله وكرمه، في أواخر شهر الله المعظم رمضان من شهور سنة

سبع عشرة وخمسمائة، والحمد لله، وصلواته على نبيه محمد وآله أجمعين، وحسبنا الله وحده وهو المعين.



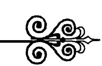
فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كتاب البيوع



الموضوع	الصفحة

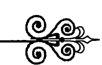


الموضوع	الصفحة

مسائل من السلم

كتاب الرهن

كتاب



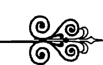
الموضوع	الصفحة

كتاب الصلح

كتاب الضمان

كتاب الوكالة

كِتَابُ الإقرار



كِتَابُ الغَصب

كتابُ الشفعة



الموضوع	الصفحة

كتاب الإجارة

كتَابُ الهبة

كتَابُ الفرائض

الموضوع	الصفحة

كتابُ الوصايا

كتابُ الوديعة

مسائل من قسمة الغنائم والصدقات



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

❊ ما فكرة مشروع «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية ؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم ، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه ؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

❊ ما أهداف «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية ؛ منها:

ـ طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن ، السنة ، العقيدة ، الفقه وأصوله ، اللغة) ، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي ، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر ، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل ، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية ، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين ؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

❊ تمويل «أسفار»:

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين ، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء ، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم ، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث... أو علمٌ ينتفع به» ، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف ، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

❊ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s. faar16@gmai. com   @sfaar16